THE LAW AND ECONOMICS OF MARRIAGE AND DIVORCE

结婚与离婚的法经济学分析

Antony W. Dnes

【英】安东尼·W·丹尼斯

Robert Rowthorn /编

【英】罗伯特·罗森

王世贤/译

法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

结婚与离婚的法经济学分析/[英]安东尼·W·丹尼斯,[英]罗伯特·罗森编;王世贤译.—北京:法律出版社,2005.8
ISBN 7-5036-5772-3

Ⅰ.结… Ⅱ.①安…②罗…③王… Ⅲ.婚姻法—研究
Ⅳ.D913.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 093654 号

©法律出版社·中国

责任编辑/高 山　　**装帧设计**/李 瞻

出版/法律出版社　　**编辑统筹**/对外合作出版分社
总发行/中国法律图书有限公司　　**经销**/新华书店
印刷/永恒印刷有限公司　　**责任印制**/沙 磊

开本/A5　　**印张**/9.5　　**字数**/227 千
版本/2005 年 10 月第 1 版　　**印次**/2005 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn　　**销售热线**/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn　　**咨询电话**/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)
全国各地中法图分、子公司电话:
第一法律书店/010-63939781/9782　　**西安分公司**/029-85388843　　**重庆公司**/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636　　**北京分公司**/010-62534456
深圳公司/0755-83072995　　**苏州公司**/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5772-3/D·5489　　**定价**:31.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

经济学是一门学科，又是一种研究方法，甚至是一种思维方式。像其他的研究方法和思维方式一样，经济学的方法可以、应该，而且已经是“天下之公器”。法律经济学，正是经济学作为研究方法在法学领域成功运用之后结出的革命性成果。

今天在西方，法律经济学的研究正臻于成熟，而在我国，她正受到广泛关注。当此之时，推出一套法律经济学丛书，可以说是正合时宜。

法律出版社作为中国历史最悠久的法律图书出版机构，始终以传播法律信息，推进法制进程，积累法律文化，弘扬法治精神为己任。2004 年成立的对外合作出版分社，亦将发掘世界各大法系法律文化精粹，推介人类杰出法律成果及卓越思想引为重责。作为出版者，我们对推出此套丛书，以集中展现法律经济学公认的优秀学术成果，充满热忱和使命感。

在《结婚与离婚的法经济学分析》一书中，一些杰出的法学家、经济学家和社会学家对家庭领域诸多问题进行了理论与经验的分析，反映了日益增长的经济学分析方法在家庭法和家庭生活领域的应用。

另外，我们期待对本丛书感兴趣并愿在法律经济学领域共同努力的学者与我们联系，合力推动法律经济学在我国的发展。

法律出版社对外合作出版分社
2005 年 10 月

中译本序

以婚姻为基础的家庭是社会的细胞，它不仅是人们的基本生活单位，还担当着多种重要的社会功能。此细胞是否健康对社会的稳定起着甚为重要的作用。对于婚姻家庭生活，世界各国法律无不进行详尽规制。婚姻家庭法学是以有关婚姻家庭的法律制度、法律关系和法律现象为研究对象的。研究婚姻家庭法学不仅需要科学的观点，还需要有科学的方法。利用相关学术领域的研究成果，进行跨学科的综合研究，是繁荣婚姻家庭法学的重要途径。

我国婚姻家庭法学在建国后经过几十年的发展已经形成了基本的研究范式和理论框架，过去的研究成果是值得肯定的。但是，我国婚姻家庭法学的现状还是不尽如人意的，学术传承的不足，研究方法的单一，基础理论研究的薄弱以及外文资料的匮乏等等诸问题有碍于婚姻家庭法学的进一步繁荣。全国学术期刊每年发表的婚姻家庭法学论文相较于财产法学论文少之又少；介绍外国婚姻家庭制度的书籍和直接翻译的国外婚姻家庭法学论文、专著甚至教材都屈指可数；主要的研究方法还是注释和比较研究的方法，法社会学的研究只能说是刚刚起步。要使我国婚姻家庭法学在现有基础上向纵深发展，必须在研究方法上有所突破。

博士生弟子王世贤好学不倦，渴求新知。他将《结婚与离婚的法经济学分析》一书的内容向我作介绍时，我感到翻译此书很有必要，并鼓励其全文译出。本书作者所采用的法经济学研究进路是国内没有的。法经济学派自上世纪六十年代以来异军突起，时至

今日已经取得了长足的进步，为法学研究提供了一个全新的视角，可谓是世界范围内法学理论研究的一大成就。现今，经济分析的方法已经渗透到法学的诸部门，它对立法的影响也逐渐加强，这些都表明经济分析法学具有旺盛的生命力。然而，国内法经济学的译著非常少，更不用说专门翻译婚姻家庭法经济分析的书了。此书的翻译将填补国内的一项空白，翻译此书可使我们了解并掌握西方法经济学对婚姻家庭法进行分析的方法，从而可以提升我国婚姻家庭法学的研究水平并在这一基础上推动婚姻家庭立法的进步。

本书的作者们以经济学为视角对结婚、同居、离婚等问题进行了精微的研究，形成了这本论文集。这些论文不仅是法经济学研究方法使用的范例，其提问方式和结论同样值得我们深思。“动机”是此书强调的一个重要概念，本书的作者们将它置于核心地位，并认为婚姻家庭法的变革可能会影响到人们的动机构成，从而对家庭的形成、解体等产生影响。如果不能从理论上弄清这些影响，立法可能会产生与其初衷不符的效果。这些论文的研究结论促使我们反思我国婚姻家庭立法，使之经受理论和实践的双重检验。希望本书的译作问世能够抛砖引玉，引发国内学者对婚姻法进行经济学的考察，以经济分析为切入点重新审视我国的婚姻家庭法制。

一年来，本书译者为翻译此书付出了大量心血，为求得一词之准确翻译多方查找资料并与我反复交流，其求真之精神令人赞叹。我欣喜的看到《结婚与离婚的法经济学分析》论文集中文版的付梓，相信它将对我国婚姻家庭法学的发展大有助益。是为序。

杨大文

乙酉年乙酉月己酉日于人民大学

作者简介

道格拉斯·W·艾伦　加拿大西蒙·弗雷泽大学和英国哥伦比亚大学经济学教授。他是交易成本经济学的专家，曾写过大量的关于家庭法和家庭经济学的论文，其中包括在《美国经济评论》上发表的一篇重要的关于无过错离婚制对于离婚率影响的论文。

玛格丽特·F·布里尼格　美国爱荷华州大学法学教授。她是美国关于家庭法律和经济学的学术带头人。她撰写过大量的文章和几本著作，其中最新的是《从合意到契约》。

劳埃德·R 科恩　美国乔治·梅森大学法学教授。他曾写过大量的关于家庭法和家庭经济学的文章。他的最有影响的文章“婚姻、离婚和准破裂，‘我给了他我生命的最好年华’”发表在 1987 年的《立法研究》杂志上。

安东尼·W·丹尼斯　英国赫特弗德郡大学商务学院的系主任和教授，并且是美国乔治·梅森大学的访问学者。他曾写过几篇关于法律对于结婚和离婚的激励作用的文章，并且曾撰写过《法律的经济分析》。

史蒂文·L·诺克　美国弗吉尼亚大学社会学教授。他撰写过大量的关于家庭社会学的文章。近期他又出版了《在男人生命中的婚姻》一书。

艾伦·M·帕克曼　美国新墨西哥大学管理学教授。《正确的意向失去了:无过错离婚与美国家庭》是他关于美国离婚法改革的主要著作。他还撰写过大量的研究离婚法对于婚姻行为的影响的学术论文。

艾里克·拉斯缪森　美国印第安那大学经济学、公共政策学教授。在2000年至2001年是哈佛法学院的高级学者。他的杰作是《博弈论与信息》,近期他和杰弗瑞·斯特克又出版了一篇论文,题为《揭开无知的面纱:私人化的婚姻合同》。

罗伯特·罗森　英国剑桥大学经济学教授。他撰写过几本关于雇佣和经济增长的文章。他近期正专注于一个关于女性劳动参与的经济学的项目,并撰写了《婚姻和信任:来自于经济学的一些教训》。

伊丽莎白·S·斯科特　美国弗吉尼亚大学的法学教授。她写过大量的关于婚姻的文章,包括在《弗吉尼亚大学法学评论》上发表的《关于结婚和离婚的理性决定》一文。

伊恩·史密斯　苏格兰圣·安德路大学的经济学讲师。他写了大量的关于离婚的文章,其中包括英国关于离婚立法改革影响的经济学分析方面的文章。

凯瑟琳·肖·斯帕特　美国路易斯安那大学的法学教授。她写过大量的关于结婚和离婚的文章,并且设计了路易斯安那州的契约婚姻法。

马丁·塞尔德　英国哥伦比亚大学健康政策研究中心主任。他曾撰写过几篇关于法律改革对于离婚和婚姻行为影响的论文。

目　录

中译本序 …… 杨大文　1

作者简介 …… 1

第一章　导论 …… 安东尼·W·丹尼斯　罗伯特·罗森　1

第二章　婚姻:长期契约 …… 劳埃德·R·科恩　11

第三章　婚姻义务与离婚的法律调整
…… 伊丽莎白·S·斯科特　41

第四章　协议离婚 …… 艾伦·M·帕克曼　66

第五章　对通奸进行法律规制的经济学进路
…… 艾里克·拉斯缪森　81

第六章　路易斯安那的契约婚姻法:为了孩子重塑婚姻
的意义 …… 凯瑟琳·肖·斯帕特　110

第七章　同居与婚姻 …… 安东尼·W·丹尼斯　145

第八章　作为信号的婚姻 …… 罗伯特·罗森　161

第九章　更好还是更坏?婚姻和离婚中的交易是有效
率的吗? …… 马丁·塞尔德　191

第十章　软弱的男人和无秩序的女人:离婚与劳动分工
…… 史蒂文·L·诺克　玛格丽特·F·布里尼格　208

第十一章　法律改革对婚姻和离婚的影响
…… 道格拉斯·W·艾伦　234

第十二章 欧洲离婚法、离婚率及其因果关系
…… 伊恩·史密斯 261

索引…… 284
译后记…… 292

第一章　导　　论

安东尼·W·丹尼斯　罗伯特·罗森

公众对家庭破裂的忧虑日益增长，导致学术界对结婚、离婚的关注变得浓厚起来，本书就是这方面的一个写照。学者的兴趣已经超越了法社会学的传统边界，一本新作开始用经济分析的方法解释家庭的组成、解体的动力。这种新的研究方法认为解释“动机”非常重要，这一点很是令人瞩目。其他的研究方法在分析结婚和离婚时极大地忽略了动机在其中扮演的角色，而经济研究的方法将它们置于核心地位。法律以及其他的政策变革实质性地更改了动机的构成，人们推测其将会对个人行为，进而对家庭的组成、运行和解体产生重大影响。

在经济研究方法的支持者中，一部分是专业经济学家，一部分是法律的经济分析专家，还有一些是法学家，本书中均有其代表。本书的主题可以大致概括为“家庭法的经济分析”，它研究的范围包括结婚、离婚及相关课题。围绕着这个主题的论文大部分源于美国，散布于各类学术期刊。在本书中，我们召集了本领域内的一些主要作者，他们浏览并汇集现有的论文，在某些情况下，还提出了自己的新分析。美国的研究方法开始用于理解英国的情况，本书中的英国作者们也提供了一个新的视角，也许对美国人具有一定意义。

学术界对家庭法进行经济分析的热情日益高涨，主要动力之一是改造北美洲乃至世界各地家庭法的各种雄心壮志。在美国，

美国法律研究院近期出版了新的离婚法律指南，该指南将对联邦家庭法典的构建产生极大影响。尽管在某些方面，例如婚姻扶养费条款的任意性，美国法律研究院的指南看上去只在经济逻辑的表层一掠而过，这无疑将会惹来受过经济学训练的评论者们的议论。与此相似，在英格兰，大法官部于20世纪90年代后期委托进行了一系列的调查，对探究夫妻财产分割的经济基础表现出愈加浓厚的兴趣。[1]

近几十年离婚率的上升使纳税人的负担不断增长。此类费用中，有一部分涉及司法部门的开支。另外的部分来源于婚姻破裂对福利社会提出了更多额外要求，包括对受伤害的孩子或抑郁的父母提供福利、为分居后维持额外的家居提供财政帮助、当以前的配偶无力或不愿继续支付扶养费时对孤独的孩子或父母进行资助。战后离婚数量的增长以及与此相关的结婚率的下降，同样给大众福利带来了更加广泛的、非金钱的问题。

本书综合汇集了专家们对婚姻、同居、离婚问题的最新研究成果。一个共同线索贯穿着所有的稿件：当面对个体时，家庭法对他们的动机结构产生影响的重要性。这些动机又围绕着人际关系间一贯、诚实行为的问题。运用经济学方法研究家庭法的专家们常常认为，现代家庭法产生了一个动机结构，在人与人之间的责任上鼓励投机行为、便利有计划的欺骗。因而，除了离婚率上升带来的财政影响之外，有人担心一部设计糟糕的离婚法律可能会破坏稳定婚姻所依赖的相互信任。如果立法不适当，法律本身会刺激离婚并产生大量的悲剧。经济研究方法极谨慎地对待此类问题，它聚焦于各种与可选法律制度相联系的动机以及不完善的法律设计导致的与立法初衷相反的后果。

在家庭生活中运用经济分析方法的设想并不新奇，至少可以追溯到20世纪60、70年代贝克尔(Becker)等人的研究工作。早期的研究并不注意法律的作用，只是把对家庭决策的传统研究成果和假设理论运用于诸如雇佣、家务分配等方面。更多近期研究

强调法律对家庭生活的影响。目前,在具备法律的经济分析知识背景的作者中,许多人将兴趣投入在这个问题上。随同合同法、侵权法、财产法,家庭法已成为另一个独立的法律领域,经济分析的方法为其提供了新的视角。这种新研究方法产生的后果是,与合同法或侵权法一样,当前家庭法开始成为一个"更有难度的"法律领域。

家庭法的经济分析在两个层面上展开:第一,在动机结构方面对结婚和离婚法进行理论分析。例如,按照本书中一篇文章的作者劳埃德·R·科恩的意见,在夫妻之间如果不坚持准契约义务,将会鼓励投机行为。如果法律制度规定的离婚费用与预期中的终身 2
供养费用相比较为低廉的话,特别是年龄较大的女性,容易被男人乘机抛弃。面对这样的危险,为了保护自己,个人将对婚姻和孩子投入较少,从而不利于儿童的成长,并使婚姻不稳定。显而易见,在分析此类关联行为时,经济学是有益的。

除了理论分析带来的领悟之外,把法律对人们行为的影响进行量化也非常重要。这需要运用统计学的(计量经济学的)方法来分析现在可得的日益庞大的数据。对家庭法进行统计学分析,主要运用于 20 世纪 70 年代离婚法变革带来的影响。在此期间,整个北美洲、西欧大部分地区的离婚法都迈向自由化,并总是伴随着离婚率的上升。统计学分析的目标是打算量化离婚增长与法律变革之间有多大程度的因果关系。统计的结果有力地证明,在北美,离婚法的自由化对离婚率上升具有持久影响。至于西欧,这方面的证据要少一些,统计结果也不甚明确。定量分析对政策表述也同样重要。如果统计的结果持续否定法律对社会生活具有重大影响力这一假设,立法就没那么重要了。如果计量经济学的证据反映出这一假设,立法就相当地重要。在 21 世纪里,围绕着结婚、离婚带来的重大社会变化产生了诸多争论,作为一个纪念,我们将本书奉献给读者。

现在谈一下书中的内容。我们把所有的论文汇集到四个主题

之下。第一类是把婚姻义务视为合同的观点(第二章和第三章)。第二类研究的是关于离婚的约束体制(第四、五、六章)。第三类论文(第七、八、九章)集中于一些与婚姻、类婚姻组合相关的交涉和义务问题。第四类(第十、十一、十二章)介绍引进一些经验主义的研究成果,大部分是关于更自由的离婚法律所产生的影响。

在第二章的"婚姻:长期契约"一文中,劳埃德·R·科恩研究了结婚的长期动机结构。他的分析始于这样的观察:尽管结婚的真正属性并未在婚礼誓言中表达出来,但人们普遍预期婚姻生活将在双方的共同生活中持续下去。事实上,分居和离婚常使这种预期落空。他注意到,要制定有效并公平的离婚法、赡养费支付和财产分割规则,其内在的许多问题与执行财产合同时所遇到的困难是相似的。应当说长期的财产合同也充满动机校正、人际关系破
3 裂的复杂问题。

科恩对婚姻的合同分析法并未就"适当的"婚姻得出有力结论。结婚双方承担的潜在义务具有高度的特殊性,不易明确定义。不管怎样,成功的婚姻需要双方都对婚姻倾力投入,从长期来说这种投入并不对称。如果婚姻失败,他们也许只能收回极少的最初投资,并且离婚时妻子常常失去更多。为投资进行"保险"对婚姻双方都有利。科恩发现,各种婚前协议、当时关于离婚和财产分割的法律制度都未给予他们信心。为了更长久的结合,他主张要有各种非正式的社会认可以及双方良好的道德情操。如今我们必须就婚姻善后问题反复争吵,也许就是因为这些传统的阻碍正在失去,承诺的道德价值正在松弛。

在第三章"婚姻义务与离婚的法律调整"一文中,就婚姻、离婚的法律调整问题,保守的和自由的两种观点都受到了伊丽莎白·S·斯科特的批判。保守派支持引进一些州所实施的合同婚姻法令。如今在这些州里,与传统离婚法所允许的情况相比,夫妻双方可以选择一种更有约束力的婚姻。一些保守派人士希望由此可以趋向一种更加严格的离婚制度,即过错离婚制。而许多自由派人士把

合同婚姻法视为人身自由的威胁,因为它不允许轻率地终结婚姻。斯科特认为,我们不必像保守派那样鼓吹对离婚实行严格的法律管制。法律对婚姻义务的认可与自由原理是相辅相成的,能够促进个人追求人生目标的自由。婚姻中的法律义务,与在财产合同中一样,能鼓励双方合作,保护彼此的投入,促使双方利益的实现。斯科特认为,自 20 世纪 60 年代以来进行的家庭法改革增加了个人的离婚自由,但与此同时,它又限制了个人约束自我以达到内心期盼之长远目标的自由。

斯科特继续考虑了可替代的法律制度,以促进一种与自由原理普遍一致的个人义务。对各种可能性进行比较权衡之后,她选择的是结婚前和离婚前的强制劝导制度,即在离婚前必须有 2—3 年的等待期,家庭财产也必须进行托管,以保证离婚后未成年子女的抚养。她赞成合同婚姻,因为合同婚姻可以规定这些预防措施,并且引进该制度给夫妻双方提供了一种额外选择,在事先确定应承担的义务。然而,她反对作为合同婚姻之核心内容的过错离婚制,理由是司法上对过错的认定太过严格,并且不甚准确。她最初对合同婚姻的支持从而被大大削弱了。[4]

在第四章的"协议离婚"一文中,艾伦·M·帕克曼认为离婚的首要条件是双方同意。只有当夫妻双方都认为婚姻是失败的才应该终止,因为只有当两个人都真心希望结束夫妻关系时,婚姻才能毫无困难地解除。也就是说,一方想要离婚,另一方最初不愿离婚时,前者必须取得后者的同意。该种观点与违约责任中的实际履行救济标准如出一辙,即一方想要解除合同,必须给予对方充分的赔偿。离婚时需要在许多方面达成协议,诸如孩子的监护、离婚后的扶养费、家庭财产的分割等。这种措施迫使离婚一方付出充分补偿,阻止投机性的遗弃,从而使夫妻双方对婚姻的投入都免受剥夺。与此前的过错离婚制一样,协议离婚制度鼓励对婚姻的投入,简省了为保护自己而签订的婚前协议。

帕克曼并不认为合意是离婚的惟一途径。合意的规定赋予不

想离婚的夫妇以决定性的权利。为了防止这种权利被滥用，他建议在婚姻前期，如果没有孩子，可以适用单方、免责的离婚制度。在特殊情况下也可以适用过错离婚制。例如一方可能因为对方通奸或使用暴力而决心离婚，但过错方也许不会同意。此时过错离婚制将给受伤害的一方提供救济。按照帕克曼的观点，这种情况比较少见，离婚通常需要取得双方合意。

在“对通奸进行法律规制的经济学进路”（第五章）一文中，艾里克·拉斯缪森就婚内不当行为（例如通奸）进行制裁的问题进行了经济学分析。他严格地探讨了三种制裁方式：对通奸进行刑事处罚、因为“感情疏远”而提起侵权诉讼、基于“正当理由”采取自力救济。他对照过去法和现行法上规定的多种特定情形探讨了刑罚的适用。在现代法律中，正式的救济渠道是非过错方可以提出离婚诉讼，并强制进行财产分割。这实际上并不是一种救济手段，因为按照无过错离婚制，任何人都有权提出离婚。不久之前还存在过其他一些救济方法，至今仍有残余，它们包括刑事处罚、侵权之诉和自力救济。总的来说，基于效率的要求，对通奸的法律规制应当体现出结婚之初夫妻双方自由选择的婚姻约款。在法律制裁缺位的情况下，夫妻双方都可能会减少对婚姻的投入或者是花费大量精力监视对方的行为。当一方没有对婚姻投入太多时，通奸行为既可能受制于监视，也可能受制于离婚的现实可能性。监视所带来的负担以及夫妻都不愿对婚姻过多投入所带来的损失，两者都是极大的福利损耗。在能够发生通奸的环境中隐藏这一行为也带来一定的费用。为了有效预防通奸行为，引入法律制裁就要保证足够严重的惩处，即便夫妻都没有监视对方的行动，通奸行为带来的满足也与其包含的风险不成比例。这种情况下，夫妻间的不忠会被抑止，他们在把时间投入婚姻上而不是监视对方时，心里也会感到很安定。如果夫妻双方事先知道合理的惩处会形成完整的威慑手段，并且双方都不必实际遭受惩罚时，他们都将乐意接受对通奸行为采取特殊惩处的可能性。

凯瑟琳·肖·斯帕特在第六章的“路易斯安那的契约婚姻法:为了孩子重塑婚姻的意义”一文中表达了对过错离婚制的支持。作为契约婚姻法的起草人,她对婚姻制度改革的思想进行了理想的描述。如今,路易斯安那州的夫妇可以从以下两种婚姻制度中做出选择:其一,传统婚姻,可以轻易离婚且赔偿极少;其二,新型契约婚姻,只有经过相当长的间隔期或是可以证明对方存在过错的情况下才能离婚。双方必须经过咨询才可以选择契约婚姻,在婚姻遇到危机的情况下,夫妻双方还有义务接受劝导。此外,夫妻一方如果有严重的不当行为,诸如通奸或人身暴力等,在离婚时还可能被迫做出赔偿。如果一方在离婚之前拒绝“为挽救婚姻采取负责任的措施,包括接受婚姻劝导”,也可能会因此付出一定的赔偿金。

契约婚姻法将两种截然不同的思想结合在一起。其与“个人应当有权选择接受承诺义务的约束”这一自由理念是一致的。在只实行自由、非过错离婚制的州里不允许进行这种选择。同时,这种选择体现了一种集体主义观念:婚姻承担着重大社会功能,婚姻法必须符合与这些社会功能相一致的道德规范。在对待婚姻劝导和过错的问题时,集体主义观念对斯帕特的影响表现得特别明显。根据契约婚姻法,劝导的首要目的是挽救婚姻,劝导者并不一定以中立的态度看待离婚。虽然法律上许可离婚,但通常它只被当做其他方法用尽之后的不得已选择。例外的情况是,如果夫妻一方的某些行为太过分,此时尽管维持婚姻对社会有益,受害一方也可以不经劝导直接终止婚姻。本文的一个突出特点是斯帕特对过错离婚制度的强烈支持。她的立场是道义与实践的结合。与通常的契约法一样,婚姻法也应当体现个人责任的道德观。她还认为在离婚法中建立过错责任并不比在其他的许多法律体系中更难。 6

在第七章的“同居与婚姻”一文中,安东尼·W·丹尼斯探讨了为什么人们宁愿选择同居而不是婚姻以及法律应当对同居关系进行调整的范围。他认为,许多人选择同居是为了免受常与婚姻相

伴的法律义务之约束。当今的立法趋势是无视夫妻双方的愿望，强加给他们一些权利和义务。丹尼斯觉得这是一种非常错误的趋向，它等于是把婚姻强加给那些不愿结婚的人。一种例外情况是，应当考虑同居关系解除后的孩子抚养义务。此时法律约束是必要的，因为孩子作为第三方，他的利益应当得到保护。丹尼斯还指出，人们选择同居还可能是由于婚姻法的功能紊乱，没有为尽心投入婚姻的夫妇们提供足够的保护。对此有多种纠正方法，其一是在征得夫妻双方同意后离婚（一种易于导致交易发生的明确办法）；另一种是运用通常的合同规则处理婚姻问题，如果单方面违反婚姻契约的话，对方的损失也可得到补偿。丹尼斯讨论了计算赔偿金的三个基本方法：损失补偿、信赖赔偿和预期赔偿。他认为在离婚时，预期赔偿金是最有效率的方式。

在第八章“作为信号的婚姻”一文中，罗伯特·罗森运用经济学上的信号理论（the economic theory of signaling）来分析婚姻。这一主题在法学和经济学界被极大地忽略了，仅有威廉·毕晓普、迈克尔·特里比尔科克等人发表过一些开创性的文章。沿着前人的指引，罗森指出，在西方社会里，个人以婚姻的方式向彼此之间和外界宣示一种排他、永久的两性结合愿望。然而，现代的法律和社会潮流极大削弱了该信号的可靠度。如今，想要结束婚姻容易了许多，对严重不当行为的惩罚也已经消失或者极大地减轻了。结果就是，婚姻已经不再像从前那样可以被视为受到约束的有效信号。这种变化代表了一种重大的信息损失，要区分受约束、非受约束的人变得困难起来。尽管如此，总体来说已婚夫妻受约束的程度还是要比同居伴侣高，婚姻也依然是两性关系持久性的最佳预报器。文章最后还将信号理论扩展运用到同居关系和同性婚姻上。

在第九章“更好还是更坏？婚姻和离婚中的交易是有效率的吗？”一文中，马丁·塞尔德探讨了婚姻中与离婚时的交易问题。他关注的有两个方面：潜在的或已婚的夫妻双方进行交易的过程以及达成交易结果的效率有多高。文章内容覆盖了婚前、婚姻中以

及离婚时的交易。他指出,在这一重要领域里,当前理论分析还较为粗浅,至于系统的计量经济学工作则更为有限。早期曾认为夫妻的意见应当是相同的,婚内交易的理论分析始于对这一假设的否定。如果夫妻之间产生不同意见,例如开支、外出工作、家务分担等,交易就会在家庭决策中扮演重要角色。这种交易可以当做一种能产出高效结果的合作博弈来进行分析,设定夫妻一方如果不使对方受损,一方就不能获益。或者这种交易还可以当做一种产出效率较低的非合作博弈来进行分析,此时在可选择的诸种安排中夫妻双方的立场能够被同步验证。塞尔德综览了有关离婚交涉的文献。早期的研究成果遵循贝克尔的理论指引,认为法律体制对离婚趋势的影响可以忽略不计。近期有许多作者,包括塞尔德本人,对上述看法提出了质疑,并开发出若干表明法律对离婚有重大影响的模型。

在第十章"软弱的男人和无秩序的女人:离婚与劳动分工"一文中,史蒂文·L·诺克和玛格丽特·F·布里尼格认为,离婚率的上升是因为现代的婚约对女性是不公平的。妇女常抱怨说她们必须做双份的工作。第一份是她们在外的付酬工作时间,第二份是回家后的长时间家务劳动。为了考察家务劳动的作用,诺克和布里尼格对照比较了其他导致离婚的决定因素,如年龄、家中的幼儿、教育程度以及另外的种种社会经济变量。结果证明,家务劳动的分配对离婚产生的影响极为重大。如果夫妻的任何一方承担了大多数传统上应由女性承担的家务,婚姻关系就会变得紧张;如果把时间花在传统上应由男人承担的工作上,婚姻关系就会得到巩固。

在第十一章的"法律改革对婚姻和离婚的影响"一文中,道格拉斯·W·艾伦从三个经济决定方面调查了非过错离婚制度的效果:离婚率、劳动力参与、个人结婚的年龄。他提供了结婚年龄的统计数据。综览相关研究工作,可以看到离婚法的影响是明显的,但从绝对值上看并不突出。在过去 30 年里,引进非过错离婚制使离婚率在离婚总数增加的情况下上升了大约 17%。它也使初次

结婚的年龄延后了9个月。最后,它让已婚妇女的劳动力参与提高了2%。艾伦在本章中给出了一个很好的例证,证明了对于家庭法进行经济分析是徒劳无功的。

在第十二章的"欧洲离婚法、离婚率及其因果关系"一文中,伊恩·史密斯考察了横跨欧洲的离婚法自由化运动。关于离婚率上升的多数研究都集中在北美,该文以欧洲为背景重新评估了离婚
8 的法律规定与离婚率之间的联系。由于许多法域都正在评估有关婚姻财产分割和孩子抚养费的规定,本文便评论了不同国家在离婚财产后果上的区别。在欧洲国家,离婚率和离婚法的演进中有一个重大变化。尽管法律革新反映了并制约着不断变化的行为方式,史密斯认为,在20世纪60年代以来离婚法的自由化与升高的离婚率之间,当前仍难以建立一个明确的因果关系链条。他提醒人们,相关性与因果关系并不自动匹配。离婚率的曲线与法律的约束都能够被第三方的因素所解释,例如宗教、离婚时安置女方和孩子的费用。为了辨别区分这些假设,就需要运用欧洲各国的数据表进行严格的经验主义研究,但目前仍未进行过。法律管制的历史潮流是趋向于非过错、以分居为基础的离婚制度。他认为这个潮流不可逆转。美国的一些州已经引入了合同婚姻制,目前欧洲还没类似的开端。欧洲国家与美国大多数州一样,关心的是如何采取措施尽量减低离婚带来的社会和经济损失,而不是运用法律阻止离婚。许多欧洲国家步美国趋势的后尘,在离婚后随即强制变更孩子的抚养者,增加未成年人抚养津贴的储备。史密斯注意到,离婚后变得孤单的妇女、孩子,解除婚姻的动机可能会增加。

在汇编这本论文集的时候,我们力图反映出当代家庭法经济学研究的范围。我们相信,读者将从本书中获得关于21世纪里婚姻、离婚问题的宝贵见解。我们还希望本书将带动本领域内进一
9 步的研究。

第二章　婚姻:长期契约

劳埃德·R·科恩

尽管从宗教、文化、生物学、心理学和哲学的角度来看,婚姻不仅仅是契约,但从婚姻誓言的角度来看,婚姻具有明显的契约的本质。[1] 一个男人承诺成为一个女人的丈夫,一个女人承诺做一个男人的妻子,他们彼此承诺,不管艰难困苦,他们将在"互敬互爱"、"互相尊重"、"彼此珍惜"的精神下履行各自的婚姻义务,共度余生,由于依赖这些保证和誓言,配偶各方才对婚姻进行投资,牺牲了现在或将来的兴趣,放弃了其他选择。

承诺在一定的精神下履行义务不仅仅是一种激励,它也是契约的本质要求,尤其在婚姻契约中,精神层面的要素起着重要作用。不管对接受方来说,还是对提供方来说,家庭服务和投资的价值关键都取决于对方的态度。

有些人可能反对将婚姻定性为一种契约,他们认为婚姻更像是一种身份关系,而不是契约关系,因为婚姻中的大部分权利、义务和特权是由国家法律加以定义和具体化的,而不是由婚姻双方

---

〔1〕 本文反映了我关于婚姻和离婚问题的主要观点。关于这一问题,我早期的或较完整的论述详见 Cohen(1987)、Cohen(1998,p.618)和 Cohen(1995)。

确定的。[2]他们还指出，在婚姻成立时，该机制并未规定双方具体的义务，如果没有具体明确的义务，婚姻又怎么能称得上是契约呢？

这些反对意见并不足以否认婚姻的契约性质，上述的不过是婚姻这一契约的特性而已。婚姻，之所以是一种契约关系，其本质在于它是由两个符合法定条件的成年人自愿达成的协议，尽管协议的权利、义务和特权大部分由国家而定，不是婚姻双方加以明示或暗示的规定。对婚姻双方的行为要求未在结婚时加以具体规定，也不仅仅是婚姻所特有的现象，雇佣契约通常也不许列举双方的义务，对婚姻中每一种情况进行具体、详细的规定的婚姻契约更像是一个剧本，而不像是婚姻。由于婚姻本身的复杂性、脆弱性以及每对夫妇所需履行义务的千差万别，如果根据各种假设对婚姻义务提前进行具体规定，反而会使婚姻契约没有效率，“丈夫”和“妻子”的深层含义以及其后所包含的具体权利、义务主要取决于双方所生长的文化环境和所处的社会阶层及其婚前关系。

反对将婚姻视为契约的另一个理由是，爱情是不可以强制执行的行为，因此，承诺方不会故意进行承诺，被承诺方也不会随便相信承诺，因为，爱的承诺没有法律约束力。

对这一反对意见有两种反应，一种是婚姻誓言应该作为一种承担风险、赔偿损害（如果造成损害）的承诺。这就是说任何一方向对方承诺，如果不爱对方，承诺方承担由此带来的风险，一旦承诺方不能带给配偶他所承诺的爱，承诺方承担给对方造成损失的法律责任，这种风险承担的契约并非罕见。例如，人寿保险契约就是这样一种契约，与婚姻契约类似，人寿保险契约可以认为是一种

---

〔2〕 关于将婚姻理解为契约关系和身份关系究竟哪一个更好，许多法学著述都有所论及。一些学者认为“因为是法律而不是婚姻双方来定义配偶各自的义务”，所以，婚姻应该是婚姻关系，而不是契约关系（Babcock，1978，p. 564）。参见 Clark（1968），esp. Section 6.1 at pp. 181—182。

保证被保险人生存一定年数的承诺,如果做不到这一点,保险人要赔偿损失。

对上述反对意见的另一种常见的反应比较常见,人们认为这是对婚姻誓言中爱情含义的误解,婚姻誓言不是一方承诺爱另一方,而是其行为要表现出爱情、敬意和尊重。因此,承诺的是行为而不是感情。

很明显,婚姻可被视为契约,但婚姻是何种契约?它给契约双方带来了什么?契约履行有什么困难?违约会带来什么结果?

一、婚姻与离婚的经济学

尽管婚姻誓言并不能表现结婚者所有的心理,但它至少明确表现出一项双方一致的期待,即双方承诺共度余生。当然,很多人未能坚守承诺,一方或双方会试图解除婚姻,婚姻契约是一类特殊的契约,它存在着本身所固有的问题,例如,离婚法的效率性和公正性,抚养费的支付,共同财产的分配以及类似于普通商业契约的强制执行中所表现出来的问题。

尽管婚姻是爱情的结果,但可以运用理性选择的工具对婚姻进行分析,婚姻是自愿的承诺,一般是在经过深思熟虑之后做出的,尽管这种深思熟虑可能并不完美。与某个特定女人结婚的决定,即使是因其外表美丽而表现出的一时情感冲动,也具有一定的经济学意义——它意味着成本和付出。

下面分析一下离婚所产生的外部性。离婚的主要外部性是由子女产生的,也由子女负担。许多人认为,父母的离婚给子女带来过大的外部性,而其他社会成员则要么直接从夫妻的离婚中,要么间接从夫妻在婚姻制度下的离婚选择中——对离婚中包括的违约行为的不完善的救济——承担负的外部性。这些外部性极其重要,而在本文中,我将在假设没有外部性的条件下对婚姻进行分

析。不分析婚姻外部性,而只分析婚姻契约理性,这是一项重大的挑战。我在对婚姻的分析中,并不将婚姻和离婚的系统的外部性理论注入婚姻契约理论中。我仅将婚姻视为一种生育途径,或者说结婚、离婚、子女生育、子女抚养每一项都是整个婚姻机制的一部分,婚姻这种机制,越有吸引力,越安全,婚外生育的情况就越少,反之亦然。因此,对任何婚姻制度和离婚制度外部效应的分析评价,必须既包括婚生子女所引起和承担的外部性,又包括非婚生子女带来和承担的外部性。

二、为什么结婚?(为了)专门资产!

我们以人们为什么选择结婚开始本部分的分析。婚姻要求对个人自由进行一定的限制,而且很难预测一个人热情的持续期,那么,为什么婚姻的长期契约性质的承诺仍旧流行?对多数商业契约来说,契约收益由契约加以明确规定,而契约成立当时给双方带来的惟一"收益"只是对履行契约的期待。与之相反,婚姻的两项主要收益产生于婚姻契约形式的时期。一个是婚姻契约的形式意味着两个人进入一种神圣的精神结合的状态,两人宗教上、心理上达到共鸣,心心相印;另一个是一方自愿向另一方做出终身的承诺,这意味着永恒的、深深的爱,也是对方值得得到如此的爱情的明证。

换言之,婚姻的工具性收益仍然是最主要的。婚姻最重要的收益在于它允许对婚姻关系中的具有特殊价值的资产进行投资,

12 下面进行详细的分析。

情侣在准备形成婚姻关系的过程中,尤其在生育问题上,会面临进退两难的状况。这可以用厂房所有者与潜在的租户之间的长期契约进行类比分析。如果任何一方都不对厂房进行投资,以使其利于租户的使用,那么,房主和租户都不会签订长期契约,各方更倾向于利用未公开的机会,使自己现有的资源创造更多利润,而

只要投资比较适度,并且契约各方知道对方会对该项目进行与此大致相等的特定投资,那么,双方会对该项目进行投资,即使双方期望自己的投资能受到长期契约的保证,他们也仍然会在没有长期契约的情况下继续该项投资,因为对该项目的利益确保了对方对契约的继续履行,而如果双方都想对工厂进行大量投资,那么他们会希望以长期契约作为保证,而如果一方的投资比另一方多,那么,他当然会坚持订立长期契约以保护其投资利益,以防止其投资款项被挪用或由于对方的利己行为使其投资受到破坏。

假设租户想将工厂作为以猪膀胱为原料,生产用于木管乐器的乐器垫车间,而且假设这一特定生产活动惟一需要的是厂房翻新,当前市场没有现成的翻新设施,那么,如果租赁契约提前结束,任何进行翻新的一方——房主或租户——都将丧失其投资利益,所以,进行翻新的一方会寻求长期的契约的保护。

而婚姻是怎样表现出类似情况的呢?为什么男女两性希望彼此订立长期契约呢?为什么他们会选择结婚?结婚会带来什么专门资产投资?

男性和女性有很多可以互相交换的"商品",例如,他们彼此可以交换性,尽管男性通常更看重它;他们可以交换各自的生育能力,而通常女性更看重它,至少,在某一特定程度上,他们之间会产生"交易"。他们之间通常还存在身体保护,生计维持——通常由男性提供,以及家务劳动,子女养育——通常由女性提供,可以交换,类似的例子还有很多,其中最关键的在于男性和女性期望对方成为重要服务的提供者,尽管男女两性的结合,部分的是以提供替代式的服务为彼此提供了保障,但婚姻关系的核心部分在于彼此提供补充式(互惠的)服务。

但男女两性没有相互交换的"商品"并不意味着他们就应该订立短期契约。如上所述,订立长期契约的动机在于对特定资产有意义的投资,而该资产的特点在于一旦双方的投资计划提前终止,资产价值会大幅度缩水,而在婚姻关系中,迄今为止,最重要的、尽

管不是惟一的,对特定资产的投资就是生育子女。

对任何商品——包括子女的投资都意味着潜在的成本和收益。正是这些成本和收益的特点和类型与普通商品的差异,使子女成为一种特殊的专门资产。随之,产生了对婚姻机制的需求。子女有何特别之处?或者更确切地说,子女的什么特征使其成为一种"专门"资产,而一旦婚姻关系提前终结,这一资产的投资者会面临着遭受巨大损失的风险?

首先,也是最基本的,投资于子女的成本及从中的收益需要一生的时间,这种长期投资的质量取决于其特定性,因为在婚姻关系终结时,投资的成本和收益会发生变化。其次,在过去(或现在一些经济不发达地区),子女是一种投资产品,因为父母期望对他们的投资可以得到经济上或至少是物质上的回报,而在现代工业国家,子女主要是一种高成本的消费品。当作为一种投资品时,子女的出现可以维系其父母的婚姻,或在一方抛弃另一方时,减轻这种行为的损害,主动离婚的一方通常会丧失对这一资产投资的回报,这一点在子女的第三个和第四个特性上也有所体现。再次,抚养子女可能对父母一方来说是沉重的负担(高成本),而对另一方来说是高收益的消费活动,所以,父母从对子女的投资中得到的实际回报通常都与其期望值不符。此外,由于个体的差异,两性的差别,时间的变化,对子女的消费会呈现出多种形式,这些不同的形式可能会使夫妻在相近的时间内要孩子,也可能使夫妻想要孩子的时间相差甚远。例如,一位父亲可能仅仅知道自己将有孩子或妻子成功受孕就会感受到莫大的快乐和幸福。而当孩子实际出生时,他反而会发现孩子是一种负担;与之不同,母亲可能对自己的怀孕无动于衷,但却视孩子的出生为一种幸福。这种差异说明配偶一方的个人利益并不足以保证双方对婚姻契约的履行,简单地说,他们可能认为孩子是一种负担而不是收益,或者说不生孩子对两个人都有利,这样他们离婚时就不会遭受这方面的损失。最后,子女的出生,并且是在夫妻都希望要孩子时对其生父母来说价值

尤为重大,而他人的子女对陌生人来说,常常意味着成本,尤其对潜在的新配偶来说,更是如此。[14]

因此,当有子女的婚姻关系终结时,父母一方可能仍需负担高额成本。但生育的许多期望收益可能会丧失,也可能不会丧失。收益的丧失会以多种形式表现出来,例如接近子女的次数减少或不允许接近子女或者对等的父母功能的丧失;例如,母亲发现很难很好地管教子女,或者父亲发现自己无法为子女提供"母爱",或者有监护权的一方无法从无监护权的一方获得经济支持,或者丧失家庭服务、伴侣关系或性关系。更重要的是,子女——不仅指将来对其时间和资源的付出,也包括其出生本身——以及从婚姻开始到子女出生这一段时间,导致配偶一方在婚姻市场中地位削弱,这使得人们很难通过寻找新的配偶减轻损害。

因此,结婚的一个基本原因是考虑到对婚姻关系专门资产进行投资,此类专门资产主要(当然并不是惟独)指子女,而如果没有订立长期契约或长期契约没有约束力,夫妻不会对婚姻中的"专门资产"投资那么多。将子女作为专门资产,由于个体差异和两性差异,对子女的投资给个体带来的基本风险也有所区别。女性整体来说通常比男性更关心,更愿意抚养子女,这是演变进化的必然结果。所有的哺乳动物以及与人类最相似的类人猿都存在类似的情况,此外,从两性潜在的生育能力来说,人与动物也有相似之处。一个男性可以使很多女性受孕,所以男性承担的风险较少,无须担心不会使女性怀孕。而女性则不同,其怀孕机会相对较少,因此承担的风险要比男性承担的风险大得多。

通常女性在进行性行为之前,尤其在进行没有采取避孕措施的性行为前,她们更期望得到婚姻这一契约保证,这不是偶然现象,而是社会发展中形成的规则。除非一个男人向她承诺提供终身的扶持、保护或提供一个丈夫所能进行的服务,否则,女人显然不会愿意为这个男人生育子女,不会在这方面进行投资。子女作为一种专门资产,其主要特点在于当婚姻关系提前终止时,"投资

方”会遭受巨大损失。这一特点成为婚姻的推动力。如果不是为了生育子女,那么,传统婚姻中的终身承诺只能说是无知者所进行的高风险的冒险活动。

15 生育子女是婚姻的主要原因,但并不是惟一原因。承诺“不管富有与贫穷,疾病与健康”都会履行自己的婚姻义务,这一结婚誓言说明了婚姻也是保险契约的一种。如果自己的状况已经得到改善,厌恶风险使一方放弃寻找新伴侣的机会。

三、违约的危险

结婚的原因有很多,但在一生之中,夫妻之间功能、信息和机会的变化常常使一方产生违约的动机。当婚姻被破坏,婚姻关系以破裂而告终时,过错方会丧失配偶所提供的终身的、持续的服务。

如商业契约一样,婚姻契约中的成本以及减轻损害的困难反映了损失的重大,过错方离婚的损失至少包括再次寻找一个与前妻/前夫具有同等“价值”的配偶的交易成本。而通常,过错方的实际损失比这要大得多,因为,具有同等“价值”的新配偶可能根本不存在。事实上,一个人结婚,即订立长期契约的真正原因在于一个人在性关系中希望进行的投资的价值在关系终结时会大部分丧失,因此,他们希望通过长期契约保护其投资利益。如果可以通过寻找新的配偶来成功减少离婚带来的损害,那么,当初就没有理由一定要结婚。

四、分担风险:减少机会主义

至少有一方希望得到长期契约所提供的保证时,长期契约才有可能订立。只有当双方都试图对专门资产进行大量投资时,他

们才会坚持签订长期契约作为保障。在商业契约中,抵押投资无须具体到契约的某一特定方。即使投资必定会丧失价值,在契约关系提前终结时,投资主体(即契约参加方)必然遭受损失,但是该损失取决于双方的契约关系(是因为双方契约关系的存在)。商业契约中,通常全部风险并不由一方单独承担,而是由契约双方进行分担。

再考虑一下上述的乐器工厂的案例,仍假设艾丽丝拥有一处空厂房而本杰明想租用该厂房,以猪膀胱为原料生产用于木管乐器的乐器垫。由于该生产工序的专业性质,工厂需要进行大规模翻新——如果计划终止,翻新活动将毫无价值。本杰明可能会以市场价租用艾丽丝的空厂房,然后自己支付费用进行厂房翻新。 16
如果他这样做,艾丽丝将控制投资风险,她可以在本杰明完成装修之后威胁终止租赁契约,以要求本杰明支付更高的租金。相反,如果本杰明承诺以装修后的厂房的市场价值支付租金,那么,艾丽丝会同意进行装修。而此时,艾丽丝则处于不利地位,本杰明可能以终止契约相威胁,要求降低租金。由此可见,对专门资产进行的投资的一方会受制于对方侵吞准租金的行为。

可强制执行的长期契约可以保护投资方的利益。当然,由于法律的不完善,契约双方常常并不依赖法律对违约行为的事后制裁所提供的被动的保护,他们更希望对方能从契约中看到利己的一面,从而成为其主动履约的动机。分担投资成本就是达到这一目的的有效途径,仍以上述案件为例,在这种情况下,艾丽丝和本杰明各自承担一半的装修费用,同时,本杰明同意在支付租金时将艾丽丝所支付的装修费用计算在内,这样,任何一方都不会以终止契约相威胁,任何不守约的一方都将遭受巨大的损失。

而婚姻则不同,它通常无法使婚姻双方的投资风险大致相等,这并不是理论上的推断,而是事实如此,金钱是可替代物,理论上来说,金钱从一方转移到另一方,会使契约各方承担相同的投资风险,因此,在婚姻中,对婚姻关系投资较少的一方可以向其配偶转

移大量投资，如果婚姻关系持续，这些资金可以作为资产传给他们的后代，如果婚姻关系不能持续，该资产将成为受让人的私人财产。“聘礼”机制就是这种现象的一个表现。在现代社会，“聘礼”已不切实际，相对新郎的经济资源来说，新娘对潜在的生育行为投资巨大，以至于金钱转移行为无法使婚姻双方所面对的风险和准租金的威胁处于同一水平。

五、丈夫和妻子的婚姻市场

正如上文所述，男女两性存在差异，他们向婚姻市场提供的服务——丈夫和妻子——也大相径庭。由于多种原因，但主要是由于女性在生育及子女抚养过程中的重要角色，女性对婚姻关系的投资更大，因此，女性更倾向于寻求长期的婚姻契约的保护，所以，
17 如果不对此类契约进行有效的强制，女性所遭受的损失将最大。

回到减轻损害的问题上，女性在这一问题上通常面临着比男性更大的困难。由于生育和抚养子女，女性在离婚后找到一位与其前夫具有同等“价值”的丈夫的机率很小，这使女性在再婚市场中的价值比她结婚之前的市场价值要低。由此可以推论出，男性在再婚市场的相对价值，通常会有大幅度提高，事实也大致如此。

婚姻市场是一个垄断竞争的市场。所有的男性都是潜在的丈夫，所有的女性都是潜在的妻子。尽管有些男性之间可以互相代替，但每个人都是惟一的，几乎不可以互相代替。虽然如此，婚姻市场中仍然存在大量的选择和竞争。因此，可以说，已婚者放弃了所有与其实际结婚者具有几乎相等“价值”的婚姻市场竞争者。

违约或离婚的损失——即寻找新的具有同等价值的配偶的成本——由几个不同的部分组成。我们从交易成本开始讨论。高度发达的市场通常会带来较低的交易成本，而婚姻市场就是一个高度发达的市场，它为市场参与者提供了丰富的寻找配偶的竞争途

径。但婚姻市场与其他市场不同,高度发达的婚姻市场并没有带来低成本,反而这个市场本身就是市场参与者很难满意地完成交易,即找到合适伴侣的结果。

为什么婚姻市场中的成本如此之高？主要是因为这是一个易货市场,男性不仅要寻找一位他们愿与其共度一生的女性,而且该女性也要对其做出相同的承诺。认真地寻找过程对双方来说都是重要的,因为不管男性还是女性,在婚姻中都是不可以替代的。

婚姻市场参与者可能将约会或其他类似的寻找活动视为消费或者投资。经济学理论及其他证据表明,对婚姻市场参与者来说,约会最初是一种消费,但随着时间的推移和约会经历的重复,约会逐渐演变成为一种高成本的心理投资。尽管目前尚没有系统的证据证明在两性之间,这种成本有何差异,但也没有证据表明这一成本对两性来说是一致的。

但在一个人到达了寻找过程的约会阶段之前,他还需克服两大主要障碍。第一,向条件合适的大量市场参与者传递自身的信号,并且/或者得到对方的信号;第二,该市场参与者必须寻找一个途径,使自己从陌生人的地位转变成熟人。想像中,这些行为似 18
乎很直接,成本很低,但事实并非如此,这些行为常使人们内心感到不安,不确定,困窘和痛苦。众所周知,在原始社会,传递信号的过程比较奇特,常常伴随着一定的隆重仪式。与此相反,在现代西方国家,一个人基本上可以用自己喜欢的任何方式向整个市场或特定个体传递信号。可矛盾的是,信号传递的方式的多样化不但没有降低交易成本,反而导致了交易成本惊人的增长水平。微弱的信号常会丧失或被误解,而明显的信号又经常使信号接受者认为信号发送者缺少应有的社会教养,甚至更糟。对暗示的信号做出反应是极大的冒险行为,最常见的就是使自己陷入窘境。当我想买一辆汽车,我的要求被拒绝时,我并不觉得丢脸,因为这只是因为我的要约报价不足。但是,如果我对爱情的“要约”被拒绝时,这说明我配不上对方。

总体来说，克服上述两种障碍最好的环境为不以寻找配偶为初始目的的环境。例如，在学校和工作场所，教育活动和生产活动是主要活动，在这种活动中，男女可以比较安全地互相传递信息。但最近，性骚扰的法定类型的增加表明没有完善的环境，即使是学校和工作场所。此外，很多人发现，当他们想要寻找配偶时，却没有处于适当的工作或学习环境中。女性——尤其是母亲——在再婚市场中寻找配偶时更是如此。

即使交易成本为零，可能一方或双方也无法在再婚市场中寻找到合适的配偶，原因何在？首先，配偶一方的价值可能发生重大变化，使其明显无法兑现婚姻誓言。例如，一名伟大的运动员由于疾病或事故致残。其次，对前一次婚姻专门资产的投资也会带来相应的变化。子女，这项对婚姻最重要的投资，恰恰是在再婚市场中寻找潜在配偶过程中最大的成本。由于女性通常得到子女的监护权，所以女性是这一成本的主要承担者。再次，可能也是最重要的，相对于男性来说，仅仅是年龄的增长就足以导致女性在婚姻市场中价值的丧失。

六、女性在婚姻市场中价值的损失

无论从分析的角度还是从经验主义的角度阐述女性在再婚市场中价值的损失都极其困难，因为再婚市场具有易货市场的特性。男性和女性无法通过具体的价格来体现其价值，也无法通过与其交换的“商品”的价格表示其价值，其价值的惟一衡量尺度便是其可以得到的配偶的“质量”，显然其配偶也没有具体的价格。未来的新娘同时兼具商品、购买丈夫的货币及丈夫的购买者三重角色。未来的新郎也同样身兼三重角色。因此，在分析时，我们面对着身份认定的难题。此外，由于购买者之间的个人品位不存在传递性，这又增加了分析的难度。例如，琼斯女士更喜欢史密斯先生而不

是布朗先生,而波恩斯女士更喜欢布朗先生而不是史密斯先生。由于这些问题的存在,人们对婚姻市场中的现象有着多种解释。

尽管存在诸多障碍,但可得到的统计数据表明,由于婚姻、生育子女和年龄增长,相对于男性来说,女性在婚姻市场中的价值受到损失。主要原因有以下四个方面:(1)在任何年龄段,男性的死亡率高于女性;[3] (2)除了 14 岁至 24 岁年龄段以外,其他任何年龄段,离异男性的再婚速度都比离异女性快;[4](3)有孩子的离异女性的再婚率比没有孩子的离异女性再婚率低;(4)女性倾向于和年龄比自己大的男性结婚,并且随着年龄的增长,已婚男女年龄差距增大。[5]

下面讨论一下男女两性不同的死亡率所产生的影响。这与其他三项不同,其他三项都表明女性在再婚市场中将处于不利地位(尤其是有孩子)这一结果,而第一项则有力地表明了产生这种结果的一个主要原因。这也是基本的供求关系的表现。一个人在婚姻市场中的价值部分取决于婚姻市场中寻找妻子的男性数量与寻找丈夫的女性数量的比值。在一夫一妻制的文化中,妻子与丈夫的数量是相等的,但男性的数量和女性的数量通常并不相等。通常男婴的出生率比女婴的出生率略高,但在各年龄段(甚至产前),男性死亡率都高于女性,这使得随着年龄的增长,女性数量比同龄的男性数量要大得多。[6]

男女两性人数上的差别只是部分原因,由于已婚男性的比率

---

〔3〕 1981 年美国统计摘要,表 29。

〔4〕 U.S. Bur. Centus, Current Population Reports 55, table 8 (Ser. p. 20, No. 223, 1971); and U.S. Public Health Service, Vital Statistics 10, table J (Ser. p. 21, No. 20, Increases in Divorces, United States, 1967, 1970).

〔5〕 U.S. Bur. Census, U.S. Census of Population: 1960, table 1 (subject Reports, Marital Status, Final Report PC (2) - 4E, 1966) cited in Carter and Glick (1976, p. 88). See also Brossard (1933), Glick & Landau (1950).

〔6〕 1920 年,美国男性平均寿命为 53.6 岁,女性平均寿命为 54.6 岁。1983 年,这组数字分别为 71.0 岁和 78.3 岁。1981 年美国统计摘要,表 102。

稳定上升(甚至到65岁),所以未婚女性与未婚男性比例比整个性
20 别比例上升更快,对20岁这一年龄组说,未婚女性与未婚男性的比例小于1:1,而对于55岁这一年龄组来说,这一比例高于2:1。[7]

这些数据也没有足以全面地表明男性较高的死亡率对女性随着年龄增长在再婚市场中到底有何影响。在未婚者中,有一部分属于不能结婚的人。由于生理缺陷、精神疾病、坐牢等原因,他们没有足够的能力找到配偶。随着年龄的增长,不能结婚的人增长,他们在未婚者中的比例也随之增加。此外,由于坐牢,各种残疾等导致不能结婚的人中,男性在各年龄组中所占比例较大。因此,在可以结婚的人群中,在55岁这一年龄组中,未婚女性与未婚男性的比例远远大于2:1。假设人们与其年纪相仿的人结婚,那么,女性在再婚市场上比其新婚时面临着更激烈的竞争。

与上述问题随之而来的是再婚市场中潜在配偶的质量问题。婚姻市场中,从未结过婚的女性通常比结过婚的女性有着更好的工作,更高的教育,因此,一些社会学家认为,从未结过婚的男性是"桶底",而从未结过婚的女性则是"精华"(Bernard,1982,p.158)。这似乎难以置信,为什么"精华"反而未被挑选?或者可以从另一个角度进行解释,工作状况和受教育程度并不是衡量女性作为配偶的质量标准,而美貌、魅力、温柔则决定了女性在婚姻市场上的成功,但为什么婚姻状况与工作情况和受教育程度成负相关?婚姻和事业都是需要大量时间投资/消费活动,因此它们彼此属于可替代品。所以,可能女性的性别特征与其教育和职业状况成负相关。在事业上投资多的女性,在如何使自己更有魅力以及寻找男性方面,投资通常较少,魅力不够的女性就有动力对事业进行投资。

由于年龄的增长,女性在婚姻市场中的价值降低。而两性死

---

〔7〕 1981年美国统计摘要,表49。

亡率的差异又使女性的状况更加恶化,这是每一个年龄组两性供求关系变化的反映,其余三项则可以作为离异后,女性状况比男性状况更加恶化的论据。离异后,女性通常再婚速度很慢,如果她们有孩子,再婚速度将更慢,并且与其再婚的男性年龄越来越大。[21]

女性由于年龄增长和生育子女,其婚姻市场价值受到损失,对此,从常识的角度也很容易理解。例如,在绝大多数案件中,离婚时,女性通常得到子女的实际监护权(即使不再是法定监护权)。[8] 照顾子女使女性在婚姻市场中多出两项主要成本。首先,这使女性很难在婚姻市场中寻找或进行广告;其次,男性通常喜欢与没有孩子的女性结婚。[9] 因此,毫不奇怪,离婚5年后,有孩子的女性的再婚率比没有孩子的离异女性的再婚率明显低得多。

男性不希望与有孩子的女性结婚,这可能是有孩子的离异女性再婚率低的一个最自然的解释。但由于上文中身份认定的问题,这一最自然的解释却未必是最准确的。从数据本身,我们无法确切地判断是男性较喜欢年轻、没有孩子的女性,还是女性由于年龄和子女的原因,比较倾向于选择年龄稍大的男性,在再婚市场中进行仔细的寻找,或者不再结婚。

除了很难区别一个人在婚姻市场中花费时间过多是由于其与众不同之处,还是其价值较低之外,还很难确定他/她是否真的处于婚姻市场之中。当一个人不寻找异性伴侣时,这是个人偏好,还是类似于失业人员被逐出劳动力市场的情况?当一个人花费大量时间约会并仍继续着这种单身者的活动时,这是否意味着:(1)长期的全面进行寻找;(2)很难找到买方/伴侣;(3)更喜欢约会,而不

---

〔8〕 学者所估算的母亲得到的子女监护权的比例最低为80%(Jacobson,1959,p.131),最高为95%(Goode,1965,p.311)。根据美国人口统计数据,离异家庭中,89.7%的子女与母亲一起生活。U.S. Bur. Census, Current Population Reports 5,table E(Ser. p.20,No. 380, Martial Status and Family Status: March 1982)。

〔9〕 社会生物学家Richard Dawkins认为,如果计划生育政策不考虑后代是否由他们的亲生父母抚养,这一政策就不会稳定(Dawkins,1976,p.117)。

是婚姻?

两性死亡率的差异以及子女监护权归属并不是仅有的,可能也不是最重要的导致女性随着年龄增长,在婚姻市场中价值损失的原因。那么,还有什么可以用来解释和证明这一现象呢? 如果我们假设人们只在与自己年龄极其相近的人中寻找配偶,那么,死亡率的差异意味着随着年龄增长,这一现象对男性更有利,使女性状况更加恶化。但是,新婚夫妇的年龄差距以及年纪较大的夫妇之间更大的年龄差距,说明人们并未将其寻找对象限定在一定年龄范围之内,为什么丈夫通常比妻子年龄大? 为什么随着结婚年龄的增大,这种年龄差距在增加? 可能只是一种原因导致了年轻的新婚夫妇的年龄差距,而年龄较大的夫妇之间的年龄差距及这
22 种差距的增加则存在多种原因。

男性和女性适婚的年龄不同。成为一个丈夫或妻子需要特定的技能和能力,而男女两性并不是在相同的年龄具备这些技能和能力。女性通常在青少年中期至晚期,具备了足够的感情成熟度,从事家务的技能和生育能力。男性则不同,即使现在,人们仍然期望男性养家饷口,这种能力的具备比要求妻子具备从事家务的技能需要更多的时间。

当男女两性达到二十多岁以后,在特定的年龄,他们之间具备适婚的足够的人力资本的不一致性将快速消除。那么,为什么随着新郎年龄的增大,丈夫与妻子间的年龄差距越来越大? 通常女性比男性长寿,如果是为了夫妻能够白头偕老,事实应该正好相反,即男性应该和年龄比自己大的女性结婚。

新郎和新娘年龄差距的扩大以及男性较高的再婚率是因为随着年龄增长,男女两性对异性的吸引力的变化方向和速度截然相反。数据显示,年纪稍大的男性无须将自己挑选配偶的范围限定在与自己年龄相仿的女性范围之内,反而他们可能吸引大量比自己年轻的女性。因此,与年纪较大的女性年龄相仿且对她们有兴趣的男性大量减少。妻子和丈夫的角色和功能是互补的,而不是

相同的,因为男性想从妻子处得到的与女性希望从丈夫处得到的东西不同。妻子和丈夫满足对方这些需要的能力无须也不会随着年龄增长以相同的速度变化。女性在婚姻市场中的价值降低是因为男性更喜欢年轻的女性,而女性对男性却没有如此强烈或相似的年龄偏好。[10]

尽管上述论断与数据相符,但尚未得到证实。由于这是关于个人品位和喜好的问题,所以并不那么直接和明显。这种现象在各种文化中都存在。首先,我们会注意到,几乎在各种文化中,女性的魅力都集中在年轻或年轻貌美上。电影明星、模特、歌舞演员以及舞蹈演员,当她们年轻的时候,总是被人爱慕或追求。女性杂 23
志也不断地教女性如何保持年轻娇美的容颜。许多流行音乐也反映了男人更喜欢年轻的女人。在乡村音乐和西部音乐中,我们可以听到"年轻女人,千里马,陈年威士忌",在民歌—摇滚乐中,有"年轻女孩永留我心中"。但是,年轻对男性来说却未必是优势。许多年老的男演员——卡里·格兰特、保罗·纽曼、罗伯特·雷德福——成功展现出自己的男性魅力,吸引了很多年轻女性。或者说,灰白的头发使男人看起来更有魅力,更与众不同。这也是不同的文化对不同年龄段的人的魅力定义不同的反映。[11]

两性之间对配偶的不同年龄偏好并不是美国文化特有的现

---

〔10〕 Richard Neely 法官注意到"男性历来被处于生育年龄的女性所吸引。在文学作品中,除了 Collette 的《雪莱》之外,几乎没有哪个男人会被 40 岁以上的女性吸引。从事家庭法的人都清楚,年轻女性通常被富有的、有权势的男性吸引(这样的男性通常年纪必然会很大)。而男人则容易爱上年轻貌美的女性。在家庭问题上,年轻的、自卑的、贫穷的男性和年老的、长相普通的或过于独立的女性通常最后被选中或最先被抛弃(Neely,1979;也可参见 Posner, 1992)。

〔11〕 尽管在经济学家或律师看来,日常语言和日常语言分析是一种奇怪的论证方法,但这一方法有其重要来源。作为哲学的一个分支,"日常语言分析法"被用来追溯和发现哲学术语之间区别。Austin 在其著作(1975, p. 75)中对此有所提及。Austin "相信,一般来说,日常语言以及长期斗争中保留下来的微小区别会成为人们周围世界中的重要区别"(Edwards, 1967, p. 211)。

象。在各种文化中,从古至今,任何年纪的男性都会被年轻女性吸引,而女性对男性的年龄则没有特别的要求。例如,在一夫多妻制文化中,男人总是毫无例外地娶年轻女人做其妾室,如果他有足够的权力,他甚至会用年老的妻妾交换年轻的妻妾。

为什么男女两性的品位相差如此之大?从进化论的角度来看,这与人们结婚的原因是一致的。年轻女性的生育能力较强,年老女性则没有生育能力。而男性则不同。此外,随着年龄的增长,男性通常具备更好的经济条件来扶养妻子和后代。从这一角度来看,男性逐渐变得更喜欢年轻的生育能力强的女性,而女性的偏好没有发生相同演变,这毫不奇怪。

七、违约和可被侵吞的准租金

在婚姻契约形成时,它可能对双方都有利。但随着时间的推移,这些利益的实现对双方来说并不是同步的。通常来说,男性在婚姻早期就可以得到收益。而女性则要晚些。这些导致了女性相对价值的损失。年轻女性可以成为任何年龄段的男性的配偶。而一旦她们选择嫁给特定的男人,她们便放弃了其他机会。在婚姻早期,正如女性经常抱怨的那样,她们将"自己生命中最好的时光"给了那个男人。反过来,当她们在婚姻市场中的相对价值降低时,她们期望自己的付出可以得到回报。这种婚姻收益的长期不平衡的现象是婚姻一方,通常是男方,只有在婚姻的边际收益为正值时才会履行婚姻义务,而当边际收益小于其机会成本时,他将违约,除非有其他的限制性规定。

24

这个问题类似于长期商业契约中的可侵吞准租金问题。准租金是指在合同可以随时地任意解除时,在合同一方本应得到的收益之上给予该方的额外的利益。许多合同法都设置了相应的规定和条款,禁止这种在合同成立时对合同双方的共同利益进行限制

的行为。

在商业契约中,一方不给予补偿的违约通常不会影响资源的事后分配,只是导致守约方的准租金大部分转移到违约方。假设配偶间的交易成本较低,可以得出结论,如果继续违约和终止契约对于妻子(守约方)的成本高于对于丈夫(违约方)的收益,那么,夫妻间将达成科斯交易,即妻子向丈夫支付补偿金以维系婚姻。而补偿金的数额介于丈夫的违约收益和妻子维系婚姻的收益之间。

有时,一些类似于科斯交易的现象却引人深思。例如,妻子有时可能接受丈夫时而发生的不忠行为或偶尔的暴力行为,而不是选择离婚。即使我们假设这种后契约的机会主义适应行为是普遍的现象,但是,违约必然会产生一定的后果。首先,存在着未补偿违约的不公平现象。一些不公平现象会导致无效率。换言之,即使做出后契约的机会主义适应行为或重新交易达成契约以阻止违约的发生,使这种改变事后是有效率的,但是,这会导致事前极度无效率。那些认为婚姻交易的收益不会唾手可得的女性将调整其事前行为,她们可能减少结婚次数,选择与不同类型的男性结婚或者减少对婚姻的投资。

但是,即使一个很简单的类似于科斯交易的契约也很难在夫妻间达成,不是因为丈夫的违约收益大于违约给妻子带来的成本,而是因为在一个新的契约中维系婚姻存在两类问题:交易成本和财富效应。通常来说,两个人之间的交易成本极低,但在婚姻中则不同。在本文的第二段,我提到精神要素在婚姻中至关重要。如 25
果不能正确地理解精神要素的内涵,婚姻义务的履行将丧失大部分价值。违约的威胁和重新交易通常会破坏婚姻关系。因此,即使妻子有大量的财产或个人收入,可以对丈夫进行经济补偿以阻止离婚,而婚姻价值比她必须支付的补偿金额更高,那么,她可能不会为了维系婚姻而补偿丈夫。在现代婚姻制度下,夫妻可以在法律范围内自由进行交易。婚姻也与以前不同,以经济补偿换取婚姻义务的履行只能给传统的婚姻价值蒙上阴影。对契约进行重

新谈判的交易成本通常极高,因为重新谈判这一行为破坏了已经履行的婚姻义务的价值。

即使情况并非如此,妻子通常也缺乏补偿丈夫、维系婚姻的资源,即便她想这么做。这是科斯定理中财富效应的体现。换言之,如果丈夫为了违约必须补偿妻子,他不会愿意违约。而如果妻子必须补偿丈夫以阻止其违约,她也不会愿意这么做。妻子愿意在婚姻中忍受更多,因此她可能在婚姻终结时承担较少的损失,这使得妻子不会对丈夫进行补偿,妻子的损失并没有转化成丈夫的收益。

婚姻中,不给予补偿的违约的可能性始终存在。直到最近,违约才意味着巨额成本。一个人的宗教信仰及其约束会给违约方带来巨大的内在的心理成本和外在的社会成本。这些机制并不像法律的约束,因此它们极其脆弱,而且并不完善,它们是保护婚姻的非正式的社会和心理约束机制。随着这些机制的衰落,法律机制所固有的缺陷也显现出来。

在讨论法律对婚姻违约行为的规定之前,先简要将人们对这一问题的反应进行分类。在商业契约中,后契约的调整行为经常发生,并且通过纵向整合加以转移。如果资本资产的所有者能够购买对方的资本资产,对该资本资产设立准租金的动机就不复存在。再考虑上文中提到的乐器垫工厂的案例,想生产乐器垫的一方可以——也可能会——从厂房的所有者处购买该厂房(参见 Klein、Crawford、and Alchian,1978)。

但这种解决方法在婚姻中却并不可行。问题的症结不在于法
26 律对一个人把自己卖给另一个人的限制。而是他们无法通过一种有意义的方式将对方买来做妻子/丈夫。房客可以通过购买房屋的形式拥有原所有者对该房屋的权利和股份,而个人之间却无法通过这种方式和对方对其财产拥有相同的权利和股份。

商业环境中还可以采用设定抵押的方式(参见 Williamson,1983;Klein and Leffler,1981,p.615)。在婚姻中,这需要妻子持有

丈夫一些有价值的东西,直到她确信丈夫将履行婚姻契约。而"聘礼"就是一种设定抵押的方式。[12] "聘礼"作为一种抵押方式有很多缺点。首先,婚姻双方可能太年轻,不成熟,所以无法预见将来违约的可能性。其次,在现代社会中,新郎所拥有的一般是无形的人力资本,而不是有形的物质或金钱财富。他们无法将人力资本移转给妻子,也就没有什么可以作为抵押物。再次,在婚姻早期,夫妻通常可能花光他们所有的收入,因此,妻子将大量财产作为抵押物,会限制家庭消费,导致没有效率;此外,夫妻都需要履约保障,妻子和丈夫都有可能违约,破坏对方的准租金。最后,聘礼是发展了几个世纪的文化现象。如果只从效率的角度考虑,而不与特定的文化和宗教背景相联系,这会使聘礼机制走入误区,毕竟婚姻不是商业关系。如果夫妻一方将婚姻视为商业契约,坚持使用聘礼机制,这可能破坏婚姻关系。

但现金并不是惟一的抵押物形式,子女有时也可以作为抵押物。离婚后,妻子通常得到子女的监护权。如果丈夫害怕失去与子女的亲密接触,他就不会违约。但是,子女作为抵押物,其有效性受到严重限制。这对没有孩子的女性来说没有影响,对那些子女已经成年的女性价值也不大。此外,只有当丈夫觉得不与子女接触是一种重大损失时,子女才能有效地发挥其作为抵押物的作用。如果他不这么认为,或者他认为离婚后,自己所能得到的收益足以抵消这项损害,他就不会承担太多成本。并且,尽管事前威胁剥夺丈夫接近子女的权利对妻子有利,但通常离异后,丈夫与孩子保持联系对妻子更有利。如果前夫与孩子继续保持联系,妻子更有可能从前夫处得到子女抚养费和自己的扶养费。而且她可能认为并强调,保持子女与父亲的联系对子女更为有利。 27

女性可以采用的另一个策略便是嫁给一个年龄大一些的男人,如果说男女两性在 20 岁时,其婚姻市场价值相等,随后,女性

---

〔12〕 详见 Posner 对原始社会中聘礼的经济学分析(1981, pp. 186—189)。

作为“妻子”这项资本资产的价值持续下降,而男性作为“丈夫”这项资本资产的价值则是先上升,后下降。那么,经过一段较长时间的婚姻,丈夫在婚姻市场中的价值会超过妻子,此时,他会产生终结婚姻的动机。而嫁给一个较老的男人,女性可以防止自身相对价值的丧失,这样,她实际上得到更多当前的消费,对未来关系的投资较少。这种更多的消费可能是更高的金钱收入(当然,金钱并不是惟一形式)。女性这种对丈夫的策略性选择并不是自然形式的收益最大化,因此,它意味着一些净社会损失。当婚姻契约可靠时,一个女性选择与年纪较大的男人结婚,意味着与其他男人相比,这个人的市场价值比对她的价值更高,她的选择不仅反映了她自己的愿望,而且反映了男方期待的将来的可能的选择。

最后,女性还可以通过不履约的方式解决这一问题。如果无法保证自己会从对婚姻资产的投资中得到准租金,那么,女性可以减少对婚姻或结婚的投资。[13] 如今,中产阶级的家庭子女较少,女性学会更多的适应市场的技能。当然,这两者是相辅相成的,也是文化不断发展变化的结果。但是,这两种现象都是女性减少对婚姻投资,减轻不给予补偿的违约风险的结果。由于违约对婚姻专门资产价值在多方面有着重大影响,所以极大的违约可能性的存在必然会对这些投资的水平产生重大影响。

非正式机制和法定救济机制在保护女性,防止准租金被侵吞这一问题上具有替代性。如果非正式的社会机制不足以保护婚姻双方,法律机制将发挥其作用。问题是:哪一种法律机制能够更好地防止婚姻破裂,避免婚姻中侵吞准租金的现象?这里可以考察自愿的婚前协议和由离婚法规定的婚姻契约的标准形式两种

28

---

〔13〕 Elisabeth Landes (1978)发现,与那些不限制抚养费数目的国家相比,那些禁止抚养费的国家结婚率较低,婚后生育率也显著降低。她还注意到,如果在确定抚养费时,法律不考虑过错,这些国家的结婚率也较低。也参见 Becker、Landes and Michael (1977)。

机制。

八、婚前婚姻契约

近年来,婚前婚姻契约的使用得以增加。它具有多种形式,产生于多种动因。几种相互对立的契约形式分别为传统式、再婚式、反文化式、女权主义式。

传统的婚前契约主要是为了保护婚前财产,防止离婚时分给配偶。通常(尽管并不总是如此),当新郎拥有大量财产或希望得到高收入时,他们会订立传统的婚前契约。有时,新婚夫妇某一方的家庭也会寻求订立这种契约。

当婚姻双方中,一方在前一次婚姻中留有子女时,他们通常会对传统婚前契约进行一定改变。爱情的激情早已褪去,双方都认识到保护先前存在的家庭成员的将来利益的必要性。为了防止焦虑和不确定感,婚姻双方常常会就离婚或一方死亡后,财产的分配状况达成协议。[14]

反文化婚前契约则反映了对传统婚姻角色的厌恶。传统婚姻中,大量的婚姻义务是通过暗示而不是明示的方式表现出来的。而反文化婚前契约的婚姻双方同意的明示的、详细的方式阐述了婚姻义务。法律没有对传统婚姻义务加以过多强制,在要求具体履行婚姻义务的问题上,法律对契约条款的强制也是有限度的。

女权主义婚前契约的产生部分是由于本文所提到的问题,即女性在离婚时常常得不到公平的待遇。换言之,离婚使女性失去了准租金这种对失去的机会的补偿利益。这种契约试图使婚后权利义务及离婚财产分配更有利于女性,可具有讽刺意味的是,那些更可能是离婚法的受害者的女性——在家庭中扮演着传统的妻子

---

〔14〕 再婚前,信托制度的运用是解决这一问题更好的、更安全的方法。

的角色——却最不倾向于订立女权主义的婚前契约。

这些正式的婚前契约给婚姻双方提供了保护自己的机会，尤其对再婚者来说，这些契约可以更好地使一方死后将财产留给自己的子女。但是这些契约对普通的婚姻作用却有限，主要是因为具体到违约时损害赔偿的适当金额这一问题上，婚姻双方面临着
29 困难。任何此类的婚前契约都必须将各种情况下，损害赔偿数额具体化，而且每一个数额必须反映违约时婚姻所处的阶段，结婚时双方的经济状况以及违约时双方的经济状况。此外，他们还必须确定是否考虑过错以及如何确定过错，而且，未来事物的不确定性也无法克服。

九、违约的公法救济

立法方法如何适用于离婚问题？有四种法律框架可用于解决这一问题：(1)无须财产分配协议的单边离婚；(2)具有经双方同意的财产协议的合意离婚；(3)不可解除的婚姻；(4)由法院裁决离婚和离婚财产分配，这四种法律框架囊括了实际中全部离婚法所采用的离婚制度。

当法律允许无须财产分配协议的单边离婚时，婚姻任何一方可以自由离婚，因此，单边离婚制下的婚姻类似于可任意解除的商业契约。在商业活动中，当契约任何一方必须对专门资产作大量投资或双方投资数量不等时，一般不订立可任意解除的契约。因为如果订立这种契约，机会主义行为的风险或者错误计算对方利益的风险太大。[15] 这种简单的离婚制度通常不适用于长期的婚姻契约，因为通常来说婚姻双方(对抚养子女的妻子来说，则是肯定的)必须对婚姻的专门资产进行大量投资，而且这一制度允许配

---

〔15〕 关于这方面的讨论，参见 Epstein (1984)。

偶一方,尤其是丈夫,在妻子对婚姻做出大量贡献之后,随意放弃婚姻。因此,没有财产分配协议的单边离婚是婚姻契约必须避免的问题,而不是问题的解决之道。[16]

双方合意的离婚类似于实际履行的契约救济方法,因为它要求契约的实际履行,除非双方同意解除契约。乍一看,这一解决方案似乎极为有力,因为它防止了无效率的违约的发生。但是,仔细考察这一制度,其最初的许多优势逐渐减弱。最基本的问题在于作为一种可强制执行的救济手段,实际履行并不适用。首先,配偶在契约中所承诺的许多行为无法具体化或无法对其义务的履行加以监督;其次,正如上文中所强调的,婚姻义务是在一定的精神要 30
素下履行的,没有哪个法院可以成功地让一个本不心甘情愿的人在爱和奉献的心态下履行婚姻义务。因此,尽管法院不会允许想要违约的一方未得到对方的同意而离婚,但它却无法使他在特定的婚姻精神下,心甘情愿地履行契约义务。

这引起两个相关的问题:未导致离婚的违约和准租金的破坏。由于在婚姻义务这一最有意义,可能也是最繁重的义务的履行问题上,法律无法发挥其强制作用,所以,可能一方破坏了婚姻契约,但仍保持名义上的婚姻。如果这使违约方负担了巨大成本,他就有动机争取守约方的同意,达到离婚的目的。但是,事实情况常常是一方违约了,可是没有离婚,同时还得到了许多离婚收益。在我们这个性风俗比较宽松的时代,人们认为已婚男人可以与妻子分居或同居一段时间,而无须过分限制任何一方的社会行为或性行为。

违约后,不离婚的成本不一定由一方——违约方或受害方,妻子或丈夫——承担大部分。因此,要求双方合意的离婚机制并没

---

〔16〕 单边离婚或多或少与现代的"无过错"离婚机制相符。这一离婚机制于1970年在加利福尼亚首次颁布,尽管其形式并不极端,但它随后席卷美国及西方世界。详见 Foster 和 Freed (1971, chapter 1); Lichtenstein(1985)。

有将成本加于违约方身上，也没有减少无效率的违约行为，而是使以离婚而告终的违约行为越来越少。

尽管未导致离婚的违约存在的可能性说明不离婚的成本既不会具体到违约方身上，也不会很高，但是对准租金的破坏说明不离婚的收益对守约方来说是微乎其微的。因为婚姻中的违约行为对守约方的价值不复存在，所以，当一方违约时，通常双方都不想继续这样的婚姻。如果任何一方都不再珍视婚姻，双方就可能达成财产分配协议，以达到双方事后满意。这种事后的协议与本应该婚前达成的协议大相径庭。

违约通常不仅侵吞了对方拥有的准租金，而且实际上破坏了这些租金。单纯的违约行为就可以破坏准租金，而无须故意实施其他破坏行为。此外，在单边离婚制下，这种破坏行为也会发生。但在协议离婚制下，问题尤为严重，因为违约方会从破坏对方的准租金中得到收益。双方合意这一要求会使违约方为达其目的，行
31 为更加恶劣，因而对配偶的租金的破坏更为严重。当准租金被破坏时，对无辜的一方来说，婚姻的价值降低，因此，只需很低的成本，无辜方就可以同意离婚。[17]

相对于单边离婚和协议离婚的缺点而言，不可解除的婚姻有其自身优点。首先，不会出现没有效率的离婚现象；其次，这一制度使人们在选择配偶时更加谨慎；再次，因为寻求离婚这一行为破坏了对婚姻满意一方的准租金，因而不允许婚姻终止减少了这方面的损失。此外，任何一方都不会为了使对方同意离婚而仅仅破坏准租金。

但另一方面，这一制度也意味着两项重要成本。首先，的确存

---

〔17〕 作为一名著名的法学家，Neely 法官指出，“尽管一位精力充沛的男性对其发妻感到厌倦，觉得自己的生活很无聊，被禁锢在婚姻中，生活不幸福，但他的妻子可能对自己的生活状态很满足，认为这是自己的命运。在许多国家，离婚变得自由以后，男人可以以较低的扶养费或子女抚养费摆脱婚姻，而女性则很容易发现，自己的情感状况和经济状况急转直下。”(Neely，1979)

在有效率的离婚。如果法律要求婚姻双方履行婚姻契约,除非双方意图解除这一契约,那么,不会出现有效率的离婚。除了双方被迫履行婚姻契约的直接损失之外,一些将要结婚的情侣会选择不结婚。因为对他们来说,不可解除的契约的价值比不上可解除的契约。此外,由于存在着违约但不离婚的现象,所以,上文中所说的成本以及不可解除的婚姻的优点都是不存在的,尽管都是不存在的,尽管法律可以阻止离婚,但它无法要求和强制婚姻双方以一种认真、严肃的态度履行婚姻契约。[18] 因此,正如协议离婚制一样,不可解除的婚姻在一方违约的情况下,并没有向守约方提供有效的救济。

最后一种立法方法是法院通过其自由裁量权判决离婚,决定夫妻共同财产的分配,而不论婚姻双方的协议。法院将确定哪方违法以及准租金将来的流向(守约方有权在违约发生之前得到此项利益),并且以准租金将来流向的现在价值额补偿守约方。这样,只有事前有效率的离婚才会发生,公正和效率都将实现。

有意思的是,这一救济方式与协议离婚的关系和义务规则与财产规则之间的关系恰恰相反。在典型的商业契约中,财产规则比义务规则更能有力地保护守约方的权利。财产规则通常规定,
32
守约方可以取得违约方从其违约行为中所得收益的一部分。但是,在婚姻中,由于婚姻义务的个人性质以及对准租金的破坏,比起义务规则,财产规则(即协议离婚)常常使守纪方的境况恶化(Dnes,1998)。

由法官判决离婚只有一个缺点:说起来容易,做起来难。为了有效执行这一制度,法院必须确定哪方违约以及守约方所遭受的损失的大小。违约的确定本身就极其困难,但与确定在准租金情

---

〔18〕 在 Am. Jur. 2d (Section 52)关于婚姻问题的部分,没有关于双方大量婚姻义务的规定。关于配偶义务的惟一一处出现在对离婚和分居的讨论这一部分(Section 24)。

况下，违约损失的困难度相比，它只能相形见绌。此外，损害赔偿金通常金额巨大，以至于违约方实际上逃避了责任。

十、结论

将长期契约的一般理论运用于婚姻契约，对用适当的方式构造婚姻协议并未产生任何明显的或乐观的结果。婚姻双方所确定的婚姻义务通常比较含蓄，不明显，因而无法进行准确定义，更不能有效地加以法律强制。但婚姻的成功通常要求婚姻双方对婚姻进行大量投资，即使当婚姻关系恶化时他们最初的投资将荡然无存。而男女两性婚姻角色的差异使问题变得更加复杂，通常离婚时，妻子的损失更大。长期婚姻契约反映了婚姻双方的利益，那么，怎样可以保证这一契约的有效性和完善性？婚前契约以及各种离婚法律制度和财产分配协议，对普通大众来说，都不是有效的解决方案。因此，对婚姻问题，很难找到一种可靠的解决方法。只能说，非正式的和社会约束以及婚姻双方的道德因素共同作用，才
33 能最好地保护婚姻关系。

参考文献

Austin, J. (1979), *Philosophical Papers*, 3rd ed., Oxford: oxford University Press.

Babcock, B. A. (1978), *Sex Discrimination and the Law: Causes and Remedies*, Boston, MA: Little, Brown.

Becker, G., E. Landes and R. Michael (1977), "An Economic Analysis of Martital Instability", *Journal of Political Economy*, 85, 1141—1187.

Bernard, J. (1982), *The Future of Marriage*, New Haven, CT: Yale University Press.

Brossard, J. S. (1933), "The Age Factor in Marriage: A Philadelphia

Study", *American Journal of Sociology*, 138, 219—224.

Carter, H. and C. Glick(1976), *Marriage and Divorce: A Social and Economic Study*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Clark, H. (1968), *Law and Domestic Relations*, St. Paul, MN: West Publishing Co..

Cohen, L. R. (1987), "Marriage, Divorce and Quasi Rents; or, 'I Gave Him the Best Years of My Life'", *Journal of Legal Studies*, 16, 267—303.

(1995), "The Unnatural Family, and Women's Work", *Virginia Law Review*, 81, 2275—2303.

(1998), "Marriage as Contract", in P. Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London: Macmillan.

Dawkins, R. (1976), *The Selfish Gene*, Oxford: Oxford University Press.

Dnes, A. (1998), "The Division of Marital Assets", *Journal of Law and Society*, 25, 336—364.

Edwards, P. (ed.) (1967), *Encyclopedia of Philosophy*, New York: Macmillan.

Epstein, R. A. (1984), "In Defense of the Contract at Will", *University of Chicago Law, Review*, 51, 947—987.

Foster, H. H. and D. Freed (1971), *Family Law: Cases and Materials*, 3rd edn, Boston: Little, Brown.

Glick, P. and E. Landau (1950), "Age as a Factor in Marriage", *American Sociological Review*, 517—529.

Goode, W. (1965), *Women in Divorce*, Westport, CT: Greenwood Press.

Jacobson, P. (1959), *American Marriage and Divorce*, New York: Rinehart.

Klein, B. R. Crawford and A. Alchian (1978), "Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process", *Journal of Law and Economics*, 21, 297—326.

Klein, B. and K. Leffier (1981), "The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance", *Journal of Political Economy*, 89, 615—641.

Landes, E. (1978), "Economics of Alimony", *Journal of Legal Studies*, 7,35—39.

Lichtenstein, N.B. (1985), "Marital Misconduct and the Allocation of Financial Resources at Divorce: A Farewell to Fault", *UMKC Law Review*, 54 (1),1—18.

Neely, R. (1979), "Marriage Contracts, for Better or for Worse Marital and Non-marital Contracts", in J.M. Kranskopf (ed.), *Preventative Law for the Family*, Chicago:

Section on Family Law of the American Bar Association,3—11.

Posner, R.A. (1981), *The Economics of Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

(1992), *Sex and Reason*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Williamson, O. (1983), "Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange", *American Economic Review*, 73,519—540.

第三章　婚姻义务与离婚的法律调整

伊丽莎白·S·斯科特

在美国，人们对法律在调整婚姻和离婚关系时的角色问题一直争论不休——甚至可以称做一场“文化战争”（Hunter，1991）。一面是社会保守派，他们认为离婚和家庭不稳定是社会衰落的重要根源。这些“家庭价值”的提倡者认为，只有政府重新实行过错离婚制，不允许生活并不快乐的夫妇放弃其婚姻责任，以限制离婚，这样才能拯救家庭。而自由派则反对所有的对离婚的限制，一方面是因为这些限制并不能有效地增强家庭的稳定性，改善儿童的福利。更重要的是，自由派认为对离婚的限制是对个人自由的压抑。

最近，美国一些州的契约婚姻法的颁布鼓励了保守派。[1] 契约婚姻法允许当事人对其婚姻做出选择，甚至做出比传统无过错离婚制下更有法律约束力的承诺。这一制度的支持者希望这是转向更严厉的离婚法——回到过错离婚法时代——的一步。正因为如此，自由派则发出警告的声音。他们认为，契约婚姻法的强制性破坏了个人自由，只有那些使离婚变得容易的法律规定才符合自由这一核心价值。

---

〔1〕 路易斯安那州修改了契约婚姻法的解释，Sect. 9:234；9:345(A)(1)；9:224(C)；9:225(A)(3)(St. Paul, MN: West Publishing Co.，1999)；亚利桑那州也修改了契约婚姻法的解释，Sect. 25－901－906 (St. Paul, MN: West, 1999)。在美国的另一些州，契约婚姻法案正被纳入立法日程。

在我看来,保守派和自由派都错了——不论是在契约婚姻法的问题上,还是在法律调整婚姻和离婚关系的角色问题上。国家在促进婚姻的稳定上确实可以扮演重要的角色,但这一角色的作用应该是帮助夫妻实现他们的目标,维持婚姻的长久,而不是像保守派所主张的那样,将一个社会集团的价值观和喜好强加于其他
35 人。另一方面,与标准的自由派所主张的离婚政策相反,法律对婚姻承诺的强制实际上正是遵守了自由原则,使离婚变得容易的政策反而是破坏了个人追求生活目标的自由。正如合同法学者早已认识到的,法律承认合同当事人做出互惠的承诺的约束力,这使他们能够自由在合同中规定具有法律约束力的条款(Scott and Leslie,1997)。婚姻和合同一样,法定承诺会使婚姻双方加强合作,保护对婚姻的投资,增加各方的婚姻收益。

努力保持长期的亲密关系,这对已婚夫妇来说是个重大的挑战。离婚统计显示,对许多夫妇来说,结婚时的奉献和乐观精神会随着时间的推移而消逝。生活展现在他们面前的是压力和诱惑,婚姻的纽带已经不那么紧,但他们还要不时地做出选择;有时,婚姻不得不屈服于这些压力和诱惑。在现在的无过错离婚法环境中,夫妻间起初的承诺根本"没有约束力",会被轻而易举地抛在一边(Schneider,1984)。法律环境的宽松会使并不幸福的夫妻很快离婚,也会使他们长久地维持并不幸福的婚姻(Scott,1990)。此外,在许多地区,现行的法律制度还不允许夫妻通过合同方式限制离婚,以此做出更有约束力的承诺。

本文将对离婚法律制度如何动摇婚姻展开讨论。20 世纪 60 年代以来的家庭婚姻法改革反映了社会行为准则的变化以及人们对待婚姻和其他亲密关系的态度。但是,法律改革至少以三种方式削弱了那些鼓励婚姻中合作行为的社会准则的作用,使夫妻更难以齐心协力维持成功的婚姻。首先,法律改革破坏了婚姻的信号功能(Bishop,1984;Trebilcock,1999)。改革之后,婚姻中的责任和承诺与同居关系已经没有太大差别,使得夫妻不用花费太多成

本，就可以很容易地离婚。因此，结婚决定已无法成为双方对婚姻关系想法的准确信号。其次，法律改革清除了离婚的障碍，这无意中破坏了事先承诺机制。不管传统的离婚法有什么缺陷，它都不鼓励夫妻因为一时的不和而离婚，这无形中帮助夫妻坚持不懈地为了婚姻的长久而努力。事先承诺机制使离婚成本增加，有助于夫妻在婚姻中通力合作，从而降低了离婚的风险（Scott，1990）。再次，无过错离婚法破坏了婚姻承诺，因为配偶一方知道，对方随时可能离婚。婚姻契约理论强调了强制性承诺的重要作用，不管 36
是在加强夫妻合作方面，还是在离婚时对过错行为的制裁方面（Scott and Scott，1998）。

现在的离婚法改革可以在一定程度上消除无过错离婚法所带来的高成本的影响。我认为，人们可以通过契约或法律的重新规定来进行承诺。尽管从婚姻的性质来看，对夫妻自由承诺的范围仍应有所限制，但是，良好的承诺机制可以有效地发挥传统的婚姻承诺的作用，而无须国家法律的强制。目前的契约婚姻法就是向这方面迈出的重要一步，尽管我认为其中包括过错离婚理由（当前所有婚姻法的一个特征）仍然是错误的。在某种意义上，可以说婚姻法改革回归到过错离婚时代是一种倒退，因为它违背了社会发展的规律。事实上，婚姻法成功改革的主要障碍在于婚姻承诺一直在很大程度上反映了传统的婚姻特征，而传统婚姻的许多特征都备受争议，例如，婚姻中的性别等级规则（Scott，2000）。如果清除了这一障碍，允许人们通过契约婚姻等形式自愿进行承诺，这对许多夫妻来说，可以使他们对婚姻的心理承诺更为接近，这将比现行法律更为有效。

一、婚姻失败的原因

尽管现代的家庭法赋予人们更多的自由，以追求个人的幸福

生活，但是，许多人的婚姻仍以失败而告终。调查显示，年轻人希望拥有长久的婚姻，而且，多数人认为自己会与配偶白头偕老(Baker and Emery，1993；Eggars，2000)。但是，对上一代的离婚统计显示，婚姻破裂和家庭解体的情况比比皆是。为什么会有那么多的婚姻以失败而告终？

显然，婚姻失败的原因多种多样，而且相当复杂。我将婚姻失败的原因归为三类，当然，这或许会过于简单。第一，可能婚姻开始就是一个错误，因为双方没有得到足够信息，并不互相了解或得到了错误的信息，其中可能包括双方对婚姻的期待本来就不同，但开始却没有发现。而一旦人们得到了真实的信息，真相大白，婚姻便陷入困境。第二，随着时间的推移，夫妻的想法可能出现变化，价值观和生活目标产生分歧，这也会导致离婚。第三，离婚原因在
37 现实中更为普遍的是，即一方或双方不能坚守最初的承诺。他们有时的选择只是为了一时的喜好，而不是为了婚姻关系的长久，这种选择慢慢地破坏了婚姻关系。

第三类离婚原因还可以细分。即使一个人坚信夫妻会白头偕老，而且会从这种终身的关系中得到收益，她的行为也不一定会始终与这一目标一致。有时候，婚姻的收益似乎是遥远的将来的事，并不能满足眼前的欲望和喜好。即使在美满的婚姻中，也可能有人做出自私的行为，破坏婚姻的稳定。例如，将家庭开支过多投资于个人事业，婚外恋行为，对家庭财产和子女问题意见分歧，懦弱，无聊，等等。这些都会破坏婚姻的合作均衡，引起夫妻间的报复和疏远，破坏了婚姻承诺，最终导致婚姻的破裂。

如果说夫妻一生都能够互相扶持，齐心协力，这是一个重大的挑战的话，也许问题不应该是为什么婚姻会失败，而是为什么很多婚姻是成功的。尽管坚定的承诺和夫妻间的和谐对婚姻的成功至关重要，但促使夫妻在婚姻生活中齐心协力的社会准则的作用也不可忽视。在其他文章中，我曾提到过，婚姻实际上受一系列“承诺规则”的调整，包括互惠、利他精神、信任和忠诚(Scott，2000)。

这些规则决定了人们对婚姻的期望，也促进了夫妻在婚姻中的合作。人们已经通过行为将承诺规则内在化。最后，当该规则中出现诸如虐待或离婚这样的瑕疵时，法律会介入，其具体规定也会反映这些规则。婚姻的稳定，从更广的角度来说，是这些规则的作用得以加强的结果，它们鼓励了夫妻间的合作，惩罚了不当行为。

二、具有法律约束力的承诺和婚姻的稳定

不管实行何种法律制度，有些婚姻都会以失败而告终。比如，一对年轻夫妇，婚后一方或双方的个人情况和价值观发生了巨大的变化，这种变化使彼此无法适应(Parfit，1973)。此时，离婚可能是最好的结果。但是，对多数夫妇来说，法律将婚姻定义为一种基于承诺的特殊关系纽带，这有助于促进双方为了婚姻的长久而努力，鼓励他们在婚姻中通力合作。简而言之，法律赋予婚姻承诺以约束力降低了婚姻失败的风险。在这一部分，我将论证为什么有法律约束力的承诺对婚姻的成功具有重要作用。我将从婚姻的信号功能，婚姻作为预先承诺以及婚姻作为契约这几个角度进行论证。

38

作为信号的婚姻

如果婚姻具有明确的社会意义和法律意义，意味着众所周知的责任，结婚和离婚具有一定的法律限制，那么，结婚的决定是一个重要的信号，使人们了解双方的意图以及进行庄严的承诺的愿望。实际上，双方通过这一信号告诉彼此以及他人，他们将开始一段新的关系，而只有具有坚定承诺的人才会做出这一选择，因为婚姻意味着责任、行为限制以及成本。

婚姻的信号功能可以从多个方面加强夫妻合作和稳定婚姻

(Bishop,1984; Trebilcock,1999)。首先,它通过信号传递,使那些情投意合的人走到一起,这有助于婚姻的成功。了解不深的人一般不会选择结婚,因为婚姻失败的成本过高。因此,清晰的婚姻信号可以使双方彼此交流自己的准确信息,了解对方对婚姻的期待,以减少由于误解带来的婚姻风险。婚姻状态也是向外界传递的信号,双方婚姻关系的确立意味其他人不可以再追求他们。其次,人们将婚姻关系理解为一种具有法定约束力的责任关系,这有利于人们对婚姻规则的遵守,避免不当行为,加强婚姻的稳定。最后,婚姻可以提高其本身的名声。因为婚姻意味着双方之间的依赖关系以及对传统价值观的遵守。人们通过婚姻宣告,他们已经准备承担责任,履行一生的承诺(Posner,1999)。婚姻鼓励人们从事社会所期待的婚姻角色行为,从而促使人们遵守婚姻规则所要求的行为,减少破坏合作均衡的行为。

在传统的法律制度下,婚姻是一个有效的信号。其明确的法律界限,确切的权利、义务范围以及离婚的法律限制,增强了婚姻的社会意义。从更广的角度来说,即由法律规定婚姻契约的条款,而不是由夫妻自由加以规定。因此,尽管婚姻法律制度仍有不足,并进行了改革,但婚姻的法律框架的设置确实可以更有效地促进夫妻间的合作。

作为预先承诺的婚姻

上文中,我已经提到,很多婚姻的失败是由于人们追求眼前的喜好,而这种喜好违背了夫妻间的长期目标和计划。依此看来,婚姻的失败和许多其他情况类似,即个人追求短暂的快乐而破坏了
39 长期目标的实现。为了减肥、戒酒或存钱买房这些长远的目标,人们常常需要牺牲一些眼前的快乐,而有时候,这些快乐似乎比长远的目标更具吸引力。心理学家和经济学家普遍认为,追求与长期目标不相符合的短期快乐,使人们不再那么重视未来。因此,与眼

下的欲望相比，长期的目标在现实面前相形见绌(Strotz，1955—1956；Ainslie，1975)。在日常生活中，人们通过预先承诺机制来解决与长期目标不相符合的现实问题。这是人们的自我管理机制，它惩罚那些本应该避免的短期选择(如吃巧克力饼干)，同时，对取得的成绩予以回报(如成功减掉 10 斤)(Schelling，1984；Elster，1979)。事前规定这些奖惩机制，可以促使人们遵守最初的承诺，减少被暂时的诱惑所吸引的风险。

尽管这种类比似乎不太恰当，但法律对离婚的限制性规定，确实起着类似于预先承诺的作用，它鼓励人们遵守对婚姻的最初承诺，阻止其做出破坏婚姻关系的选择。更直接的来说，这种预先承诺会影响并不幸福的夫妇的离婚决定。例如，若一对夫妇在法律允许实行契约婚姻的前提下，选择了这种婚姻方式，那么，如果一方对婚姻不满意，她可以选择提供过错或分居两年(无过错离婚法的法定分居期)这两种方式达到离婚的目的。事实上，选择契约婚姻意味着双方同意为离婚附加一定的负担，这减少了离婚的可能性，除非维持婚姻的成本大大高于离婚的成本。简而言之，在计算各种选择的成本和收益时，预先承诺的负担对维系婚姻起着重要作用。如果离婚的收益仅仅是暂时欲望的满足，那么，法律对离婚的限制会阻止人们做出与其维持婚姻的长久这一目标不相符合的决定。预先承诺理论认为，随着时间的推移，因为暂时的喜好而结束婚姻的现象将减少，人们会更期待长久的婚姻(Scott，1990)。

预先承诺机制增加了离婚的成本，并通过影响人们对承诺的态度增强了婚姻的稳定性，进而影响了人们在婚姻关系中的行为。首先，像我上文中所提到的，决定履行具有法律约束力的承诺，这意味着双方严肃对待他们的关系。此外，由于双方认识到离婚并不容易，所以，他们会尽力拒绝诱惑，不去追求短期的快乐，以免破坏婚姻的合作均衡(Scott，1990)。当人们认识到婚姻受到预先承诺的约束，并且不可以随便放弃，那么，他们就不会在婚姻关系的困难时期轻易忘记最初的承诺。他们的行为可能会更加符合承诺

规则的要求和期待，这样就会避免做出可能导致离婚的选择。这种对婚姻的态度似乎可以这样表述："我们已经对婚姻做出承诺，不会轻易放弃。我们期望共度一生，并会为此尽最大努力。"这可能并不浪漫，但"共度一生"是所有夫妻的共同愿望。

传统的婚姻法创造了法定预先承诺机制，这增强了希望相伴一生的人们对婚姻的真诚的期望。在传统的离婚法下，只有证明一方有过错或在一定的分居期之后，才能离婚。它避免人们因为平常的压力或一时的不满而做出离婚的决定。当然，真正不幸福的夫妻可以离婚，但由于法律对离婚的限制，离婚成本很高。所以，一般来说，夫妻会对离婚决定进行长期的慎重的考虑。预先承诺理论认为，在这种情况下，离婚应该是最好的结果，因为双方的长期喜好已经发生了变化。

作为契约的婚姻

有法律约束力的婚姻承诺已不仅仅是夫妻自我约束的机制。它在夫妻之间建立了一种互惠的义务关系。不管夫妻之间以通常的契约方式履行承诺，还是按照法律对婚姻的规定——对婚姻义务加以强制，对离婚条件加以限制——缔结婚姻，双方都会获得收益，因为对方收到法律的约束。

在此，有必要评论一下其他情况下契约的收益以及婚姻契约的收益。当人们需要与他人合作，以达到双方的共同目的时，他们会订立契约(Scott and Leslie, 1997)。从而，双方放弃了一些将来的自由，因为他们相信，具有约束力的契约所产生的总收益会超过个人单独行为产生的收益之和。一方当事人可以信赖对方所承诺的将来的合作行为，确保当对方改变主意或做出不当行为时，自己的履约行为仍然可以获得收益。尽管当事人通常认为，法律对契约的约束没有必要，但这种约束的确为当事人的投资提供了保证。没有这种保证，当事人可能也会相信双方的合作行为会产生收益，

但他们却不得不面临着更大的风险。

在婚姻契约中也一样，互相具有约束力的承诺对双方都有利。41 婚姻契约为每对夫妇提供了保证，使他们相信，对方会履行具有法律约束力的承诺，限制其以后破坏承诺的不当行为。人们会认识到，在非正式的强制机制不足以阻止一些严重的破坏婚姻规则的行为时，法定的强制机制可以做到这一点。契约婚姻的保证本身就阻止了不当行为，增强了互相之间的信任，鼓励人们为婚姻而进行时间、金钱、感情和资源的投资。实际上，对大多数人来说，成功婚姻所需要的互相依赖取决于信任，而可能只有具有法律约束力的承诺可以提供这种信任。否则，夫妻可能不会全心为婚姻投资，因为他们知道，对方随时可能离开，对婚姻的投资可能会给自己带来损失。在目前的环境下，当人们开始保护自己，以免受到婚姻失败的伤害时，婚姻成为一种更有限的（至少是稳定的）关系。

在传统婚姻法下，夫妻各方知道对方受到婚姻的约束，各自享受着契约承诺所带来的安全感。结婚，意味着双方同意接受婚姻对他们将来行为的限制，并愿意接受对破坏婚姻承诺行为的制裁（以过错离婚的形式）。这些限制性规定保证了婚姻投资的安全，鼓励配偶在婚姻中进行合作。因此，传统的法定婚姻已具有约束力的承诺的形式为婚姻双方带来了诸多收益。

传统婚姻法与婚姻规则

传统的婚姻法对非正式的约束机制加以强制规定，对离婚进行限制，这促进了那些鼓励婚姻中的合作行为的社会规则的作用的发挥。离婚中的过错理由——禁止通奸、遗弃和虐待——惩罚了破坏婚姻承诺规则的过错方，这种法律的惩罚比对方或社会的惩罚力度更大，更为有效。离婚，常常伴随着较低的社会评价和较高的经济成本，因此，许多夫妇会对离婚产生犹豫，这实际上也起到了增强婚姻规则的作用。此外，除了法定过错离婚理由的内容

以外，离婚法还对离婚做出基本的限制，强调婚姻是一生的承诺，这强化了婚姻的忠诚规则(Scott，2000)。总之，在传统家庭法制度下，对婚姻的法律规定和社会准则相互依存，共同作用，强化了婚姻义务，促进了婚姻中的合作。

除了这些正面作用，传统的婚姻法律制度也有其不足之处。在传统的婚姻法下，夫妻不可以自由订立婚姻契约，承诺终身是他
42 们惟一的选择。结婚和离婚的条件完全由法律规定，使得婚姻这种契约关系与普遍意义上的商业契约完全不同，这也违背了现代的自由价值。

除此之外，传统的婚姻在另一方面也与现代的价值观不相符合。夫妻之间的关系不仅受承诺规则调整，也受性别等级规则的调整，在这一规则下，夫妻的角色被法定化。法律对丈夫和妻子规定不同的婚姻义务，使已婚妇女在经济上，社会上和法律上依从于丈夫。在配偶的承诺义务上(例如禁止通奸)，法律对妻子行为的限制更为严格，给予的惩罚更为严厉(Scott，2000)。随着社会的发展，性别规则和承诺规则逐渐融入一个法律框架中。

从上一代开始，平等的性别规则开始出现，传统法律制度的许多方面已不合时宜。但是，正如我下文中所要提到的，尽管法律改革考虑周全，但它却在无意中改变传统婚姻法符合现代夫妻目标和价值的规定。

三、现代离婚法下的婚姻承诺

离婚法改革

从20世纪60年代起，婚姻法经历了巨大的变革。有些变化反映了两性平等这一社会发展的要求。因此，传统法律所支持的性别等级和婚姻中的角色划分已被系统地废除。家庭法的改革也

反映了承诺规则的调整。对大多数现代人来说，实现终身的婚姻承诺不仅需要双方遵守行为规则，而且婚姻要能实现个人的满足感。此外，由法律对婚姻契约的条款和离婚条件加以规定，这已经不符合现代的个人隐私和个人自治原则。

过去的法律改革和社会变革企图用比较激进的方法促进两性的平等，与此相反，20 世纪 60 年代和 70 年代的无过错离婚法改革则被认为是按部就班的改革，以实现比较温和的目标。改革者认为，废除过错离婚制可以减少离婚过程中的对抗性，保护其完整性，而在过错离婚制下，夫妻为了达到离婚目的，可能会共谋，伪造过错证据，达成离婚协议，这破坏了离婚的完整性(Jacob，1988)。改革者也认识到，当夫妻感情破裂时，应该允许他们离婚。改革后 43
的法律规定，离婚的法定理由是双方长期分居或感情无可挽回的破裂，并且规定由法院或双方自主对离婚理由加以认定。但后来，几乎所有的离婚限制都被取消了，离婚变得更加自由。

尽管家庭法改革的目标比较温和，但是，离婚法具体规定的变化却相当大。改革的结果是，废除了对婚姻承诺的法律强制性规定，将调整婚姻关系的权力交给个人，国家不再介入纯粹的夫妻关系中。在极短的时间内，依照法律原则，离婚已经变成快速、便捷和单方的行为。并且在配偶扶养这一快速、“有效”终止婚姻义务的问题上以及离婚财产分配问题上，国家的政策也促进了离婚的法律原则的这种变化。婚姻已经变成夫妻任何一方都可以按其意愿终止的契约关系。此外，改革者否认了原来的法律制度下，国家对婚姻进行强制规定的合法性，他们认为对婚姻契约的任何法律强制都是不合法的。因此，许多法院不再为了加强婚姻承诺，而以限制离婚的方式对自愿的婚姻契约加以强制规定，因为这不符合现代的婚姻自由原则(Haas，1988；Rasmusen and Stake，1998)。只是在最近，由于一些州引入契约婚姻法，夫妻可以选择这种具有法律约束力的承诺方式。

法律改革对婚姻承诺的影响

无过错离婚法不仅仅是调整了传统离婚法中的法律规定,以适应现代的婚姻观念。它还废除了传统离婚法对离婚的限制,但却没有规定相应的、更加符合现代价值观的承诺机制来取代原有的机制,立法者的这一行为无意中破坏了婚姻承诺和婚姻的稳定。改革并不是有意地将婚姻变成随意的承诺,大多数人也不这样看待婚姻。但这的确是现代法律制度下的婚姻,离婚变得更加容易,同时契约承诺不再被提倡。除了在实行契约婚姻法的州,在其他地区,结婚要求夫妇宣誓彼此忠实,荣辱与共。但是,通常情况下,这些誓言都会被抛在一边,而且不会受到惩罚。这与多数人对婚姻的理解——婚姻是彼此承诺,互负义务的关系——不相符合。

上文中,我论证了传统婚姻法对承诺的强制规定有利于婚姻的稳定,但这同时也表明现代离婚法使夫妇不再像以前那样,为了婚姻的美满而齐心协力。法律对婚姻规定的减少同时也减弱了婚姻信号功能的有效性。此外,它取消了预先承诺,这一有助于夫妻
44 在婚姻中进行合作的机制。最后,原有的具有法律约束力的承诺机制可以为双方对婚姻的投资提供保险,以免因为一方的不当行为而使另一方遭受婚姻风险。离婚法改革破坏了可以促进夫妻协作的承诺规则。

结婚的决定已经不再意味着双方选择去履行终身的承诺,因为离婚(或者不当履行婚姻义务)成本降低,所以,不管是希望拥有比较严肃的关系的人,还是希望关系比较随便的人,都可以选择结婚。因此,那些希望婚姻能够持续终身的人无法准确传递信号,表达他的想法,同时,他也无法准确评估对方的确切想法。人们对承诺有着不同的看法和理解,这增加了婚姻中的无效率现象出现的可能性(Trebilcock,1999)。此外,由于人们对承诺的看法不同,所以,人们不能确定今天的结婚行为是否仍旧意味着传统婚姻法上

的责任和行为期待。因而，外界也会疑惑，夫妇是否还可以进入另一段关系，社会成员对双方行为的有效与否也会产生疑惑。

现代离婚法废除了对离婚的限制，它的另一个影响在于，对那些期望持久的婚姻的配偶来说，法律强制的预先承诺功能不复存在。因为离婚变得容易，而婚姻的稳定和长久取决于双方从婚姻中得到的持续的满足感以及对婚姻承诺的坚持。此外，在现代离婚法下，离婚条件限制对婚姻行为的稳定效应不复存在，因此，保持夫妻在婚姻中的配合变得更加困难。如果离婚始终是人们可以选择的方式，那么，夫妻间的冲突可能升级为一种不可逆转的对抗关系，从而导致婚姻的破裂。相反，正如上文中所提到的，当人们认识到传统的婚姻关系不可以轻易终结，他们会尽量避免那些对婚姻具有破坏性的行为。

在现代离婚法下，契约的许多收益也丧失殆尽。人们选择婚姻，而不是非正式的结合，部分是因为他们可以更信任和依赖对方的承诺(Scott and Scott, 1998)。对婚姻各方来说，现代婚姻的风险远远大于传统婚姻(或商业契约)，因为它不再受法律强制条款的保护。人们已经认识到，如果离婚，他们将遭受巨大的损失，并且，他们不能依赖对方持续的配合。由此可知，这会导致对婚姻投 45
资的减少，配偶间彼此信赖和互相依靠程度的降低——所有这些将导致人们对婚姻的满意度和婚姻本身稳定程度的降低。

无过错离婚法改革解放了处于无法挽救的婚姻中的并不幸福的夫妻，达到了其目的。但现代离婚法也动摇了婚姻关系，在这一关系中，法律对承诺规则的规定有助于夫妻实现其婚姻目标。法律强制性的废除使夫妻面对破坏婚姻的行为只能采取非正式的方式解决，有时，对这些行为的处罚是远远不够的。假如法律对承诺规则予以强制性规定，阻止破坏婚姻的不当行为，那么，许多夫妻可以渡过婚姻中的难关，避免婚姻的失败。但是，法律改革为了改正“过时”的承诺表达方式，无意中却破坏了一个可以鼓励夫妻进行互益合作的有效的机制。

当有孩子的家庭受到影响时,法律规定对婚姻的动摇所带来的成本将更高。自从离婚变得普遍以后,社会学家就离婚对子女的发展和适应能力的影响进行了深入细致的研究。研究结果表明,对大多数儿童来说,父母离异对他们的社会融入能力、受教育水平、事业发展以及心理健康都有着严重的负面影响(Scott,1990;Amato and Booth,1997)。因此,那种认为在无过错离婚法时代,生活不幸福的父母离异会使子女的状况得到改善的想法是错误的。除非父母之间的冲突过于激烈,否则,即使夫妻并不幸福,他们不离婚对子女仍是有利的(Amato and Booth,1997;Emery,1982)。这些研究结果表明,承诺机制有助于有孩子的家庭的稳定,此时,这一机制的社会效益已经超越了给夫妻带来的收益。

四、承诺选择:改革的前景

有证据表明,在美国,婚姻和离婚的社会环境和法律环境正在变化,这部分可能是因为人们逐渐认识到离婚对子女的不利影响。近几年来,立法者逐渐倾向于让主动离婚一方承担更多的家庭责任。严格的儿童抚养强制法的颁布以及强加给配偶更多的扶养义务,这些都表明了官方态度的变化,要给予婚姻义务更多的强制(American Law Institute,1999;Scott and Scott,1998)。最近的契约婚姻法的出台也表明立法者对婚姻承诺的积极态度,并且他们
46 认识到现代的夫妻需要具有法律约束力的承诺。此外,统一婚前契约法,这一在许多州实行的婚前契约的法律样本,方便了目前婚前契约的制定,并且不会阻止承诺契约的运用。[2] 对婚前契约的

---

〔2〕 统一婚前契约法,属于统一法。该法的第三部分已经被美国二十多个州采用,在该部分中,法律赋予双方订立契约的权利,婚前契约可以规定"任何问题,包括个人权利和义务,只要不违反公共政策"。

司法强制的障碍主要在心理上，而不是在学说上，但随着人们对婚姻和离婚观念的变化，人们的反抗心理已逐渐消失。

当然，还有许多问题尚未解决，例如，婚前契约的形式，夫妻可能采用的法定承诺的性质。在下文中，我将讨论这些问题。

承诺的法律构成

已婚夫妇可以从两种方式中选择其一履行法定承诺。一种是，双方通过自由协商或采取标准契约格式的方式制定婚前协议。另一种是，立法机关制定几种具体的备选方案，由夫妻自主选择，并按照法律所规定的程序进行。近期出台的契约婚姻法就是后一种方式的具体化。两种方式各有千秋，但第二种目前运用的更为广泛。

婚前协议　正如我上文中提到的，在美国的许多州，有了普通的契约法理论的指导，有关承诺协议的法律问题已不需要理论创新。传统契约法禁止契约履行过程中的欺诈、胁迫或显失公平等行为，使契约可以依程序得到履行。此外，法院也有权拒绝强制执行违背公共政策的契约，在对离婚的限制问题上，可能存在类似的问题，下文中将对此展开讨论。如果夫妻可以自由协商和确定其承诺协议中的条款，更准确地反映他们的目的，这是对契约自由原则最好的保护。事实上，在这种情况下，契约的标准形式可能更为适用。依据格式契约，当对方对离婚的限制、婚姻成本、婚姻中意料之外的事件做出不同的反应时，已婚夫妇可以轻而易举地知道这些反应会给自己带来什么收益。简而言之，格式契约可以涵盖最有效、最有益的承诺条款。

只要夫妻订立婚前承诺契约，它的益处就可以显现出来，可是，许多夫妇并不实际执行婚前契约。所以，在这种情况下，婚前契约促进婚姻稳定的作用得不到发挥，除非夫妻认识到法定承诺

47 的价值。人们可以通过教育项目、宣传或婚前咨询的途径了解其价值所在。如果承诺契约被认定具有社会效用，国家应该采用激励机制，鼓励人们订立并执行承诺契约，例如对执行承诺契约的夫妻给予税收优惠。国家也可以在新人领到结婚证以后，向他们提供可供选择的优惠条件。当然，上述政策可能与可供选择的婚姻制度——这一鼓励人们结婚的制度，有些类似。下面，我将讨论可供选择的婚姻制度。

可供选择的婚姻制度 契约婚姻法为人们提供了一种促进婚姻承诺的结婚方式，这就是一种可选择的婚姻制度。在契约婚姻法下，夫妻可以根据他们的计划和目标，选择契约婚姻方式或受无过错离婚法所调整的婚姻方式(理论上来说，可供选择的制度应该更多，但是目前，各国家和地区的法律中尚不存在更多的选择)。法律规定，选择契约婚姻的夫妇在结婚前要进行咨询(依据有些法律)，在离婚前也要进行咨询。在这一婚姻制度下，只有当契约所规定的过错行为出现时或在一定的分居期后(例如，两年)，夫妻可以离婚。因此，那些认为彼此的承诺并不坚定的夫妻会选择受无过错离婚法所调整的婚姻方式，以免离婚过于困难，而那些希望其承诺具有法律约束力的夫妻则会选择契约婚姻的方式。

尽管契约婚姻形式可以在现存法律制度下提供不同的承诺条款，但立法已经为可供选择的婚姻制度提供了一个框架，契约承诺当然也不可以超越这一法律框架。契约婚姻这一促进承诺的方式有其优越性，应该加以强调和重视。首先，与那些鼓吹回归到传统的过错离婚法的保守改革者所提的建议相反，契约婚姻是夫妻的自愿选择，他们可以自由结婚，而不用受法律对离婚限制的约束。因此，契约婚姻方式不必受国家对婚姻强制规定的约束，更符合现代的私人自治观念和个人隐私观念(事实上，契约婚姻制度的功能，与法律提供包括多个承诺条款的标准契约形式的功能类似)。其次，契约婚姻形式促进了信息的交换。夫妻可以在两种婚姻制

度中进行选择，而契约婚姻有助于夫妻更好地进行交流，表达自己对婚姻的真实期望。此外，法定的契约婚姻制度比允许夫妻自由达成婚前协议的政策具有更多优势。因为在法定的契约婚姻制度 48
下，夫妻可以直接依据法律的规定做出选择，而无须自己重新考虑婚前协议的具体条款，从而使更多的夫妻采用这一婚姻方式。而且，自由的婚前协议没有任何指导，与此相比，立法对契约条款加以规定更容易使承诺达到最佳效果。由此看来，契约婚姻更像一个经授权的格式契约。

承诺的基本条款

从理论上来说，任何对离婚加以惩罚的机制都可以加强利于双方的婚姻承诺的作用的发挥。契约婚姻制度遵循契约自由的原则，给双方更多的自由空间协商承诺条款的内容，使其符合双方的特定目的，适应双方所处的环境。当然，有些条款尤为重要，对这些条款的忽视或不遵守，会给双方带来意料之外的负面影响，甚至这种负面作用超过了双方可以得到的收益。在这一部分，我将提出几个具有重要作用的条款，主要集中在对离婚前或再婚前的法定等待期的收益的讨论，它们应该成为对婚姻最佳的约束。然后，我将指出法律对离婚的一些限制性规定所产生的负面影响。我认为，不应该实行过错离婚制度，尽管有时它确实起到了稳定婚姻的作用。最后，我认为，对双方契约自由的限制是正确的，因为认识的偏见可能会影响决定的做出。

有益的预先承诺限制

• 家庭财产信托和高标准的抚养　如果在子女未成年时，夫妻达成协议，离婚后，将全部或大部分财产进行信托管理，这具有双重功能，一方面，一定程度上阻止了离婚；另一方面，一旦夫妻离

婚,这为子女提供了经济保障(Glendon,1984)。同样,对子女抚养的严格规定(不能因为对将来的家庭的责任而降低子女抚养的标准)使人们认识到有些家庭责任不会因为离婚而终止,从而使离婚不再那么轻而易举。而许多人希望得到子女监护权,并以子女的利益为出发点,准备接受父/母这一角色的重大责任。因此,他们会自愿承担离婚给自己带来的成本,只要这对子女是有利的。对许多父母来说,只有在离婚这一事件中,子女的利益似乎与他们自
49 身的利益相冲突。

正如我所提到的,美国的许多州改革了儿童抚养义务法,新的法律更关注儿童的需要,而不是其父母的自由。如果基于不可处置的婚姻义务,离婚意味着巨额的(持续的)经济处罚,那么,正考虑离婚的父母(和配偶)会更加慎重地考虑其离婚的决定。

• 婚前/离婚前咨询　最近在美国一些州实行的契约婚姻法要求双方在婚前和离婚前进行咨询。婚前咨询有助于鼓励双方对结婚决定进行慎重的考虑。而离婚起诉受理前,进行一段时间的心理咨询,有助于夫妻对破坏婚姻稳定的因素进行重新的审视。此外,咨询可以帮助对婚姻不满的夫妇找出症结所在,分清他们离婚的想法只是一时的还是已经确定无疑的。

• 离婚前或再婚前的法定等待期　在我看来,法律对离婚前等待期(可能是两年或 3 年)的强制性规定是一项最佳的承诺条款,因为它具有多重功能。首先,法定等待期达到了预先承诺的目的。它为离婚制造了障碍,使离婚成本增加,从而阻碍了离婚的选择。同时,它将婚姻视为一种不可以轻易放弃的关系,从而影响了配偶对婚姻的态度和婚姻中的行为。除此之外,较长的等待期能使双方对离婚问题做出更好的决定。在等待期内,对婚姻不满的一方可以更加清楚地认识到自己的离婚决定是一时之气,还是符合自己的长远利益。如果等待期之后,离婚的想法没有改变,那么,离婚将是合适的选择。当然,也有可能当事人对婚姻的不满只是暂时的,等待期过后,当事人决定不离婚。最后,等待期可以阻

止人们离婚后迅速建立新的家庭——这可能损害前一婚姻中子女的权益。

作为承诺机制的过错　在传统法律制度中，离婚的过错理由表达了人们对婚姻的行为期待以及法律对严重破坏承诺规则的行为的惩罚。它们也表示了婚姻承诺的范围：配偶不能自由放弃婚姻，除非对方具有严重破坏婚姻的行为。因此，法律规定离婚时要提供配偶具有过错的证据，这起到了信号、承诺和预先承诺的作用，有利于鼓励婚姻中的协作行为，促进婚姻的稳定。但是，过错理由的这些功能却被无过错离婚法改革无意中破坏了。一些无过错离婚法的批评者认为，应该回归到过错离婚制，他们对最近实施的契约婚姻法允许基于过错理由而离婚表示支持。但在我看来，这种趋势（如果可以这样的话）是有问题的。

在某些方面，过错理由作为婚姻契约中的承诺条款，起着非常重要的作用，它是加强婚姻规则的有效机制。在婚前协议中制定过错条款或在契约婚姻中将过错作为离婚的基础，这有助于提醒夫妻哪些行为是不可接受的，是会破坏婚姻的。此外，对破坏婚姻行为的惩罚会阻止不当行为的发生，将过错的证据作为离婚的一个条件可以避免夫妻因为一时的不满而离婚。

但在有些方面，过错作为承诺条款又不能很好地发挥其作用。首先，对现代离婚原因的研究表明，尽管有些婚姻的失败可以单纯归咎于一方的行为，但更多的情况是，婚姻失败的责任不能进行明确的认定和划分。婚姻是一种复杂的、长期的互惠关系。婚姻也是一种私密关系，许多婚姻行为只有配偶双方知道，外人无法得知。所以，第三方不可能对导致婚姻失败的一些不当行为评估的。简而言之，由司法对过错加以论断是一项艰难的工作，充满了错误风险。

过错理由对离婚的一些限制是不利的，这引起了无过错离婚法改革运动，这些限制在作为承诺条款时，也应引起注意。激烈对

抗的离婚诉讼毫无疑问会破坏夫妻离婚后的关系，如果该夫妇有孩子，那么，这意味着高额成本，因为子女的利益与父母离婚后是否能够协作密切相关。其次，法律要求离婚时，提供对方具有过错的证据，这会导致夫妻共谋或伪证，破坏司法程序的完整性。此外，如果选择过错理由而不是等待期，这会加速离婚，破坏承诺机制的有效性。基于上述原因，我并不主张现在就将过错作为一个承诺条款。

保护弱势一方 有些承诺条款理论上可以接受，但实际上，却有对一方惩罚过重之嫌，因为有时候，该方属于弱势一方。例如，对过错方的经济处罚表面看来是离婚的直接成本，但如果它对配偶有不同的影响，这种方式就是有问题的。在多数婚姻中，配偶双方的财产数量和谋生能力并不相当。在离婚惩罚条款之下，在家一方处于劣势，因为与在外工作一方相比，这类条款为他们带来了
51 更大的离婚障碍。而且，经济处罚(不管是直接的罚金还是支付子女抚养费)在有些家庭中，会对子女产生不利影响。总之，当牵涉到儿童的利益时，促进婚姻的稳定应该是政策的重要出发点，如果承诺条款不能使具有子女监护权的一方得到足够的经济支持，那么，这一条款就不应提倡。与此类似，那些剥夺离异父母对子女的监护权或探视权的承诺条款也不应存在，因为这对子女会产生不利影响——尽管在有些家庭中，这会有效阻止离婚的发生。同时，任何对在痛苦的婚姻中做出奉献的一方不利的限制，当然也是公共政策所不应允许的。

承诺机制的实行为家庭虐待行为的受害方提供了保护。在离婚前的法定等待期内，夫妻不可以要求继续同居，而且，一旦离婚涉及配偶中弱势一方或未成年子女，法定程序的设置应该能使配偶和子女的扶养费要求迅速得到支持。当然，这并不是说，离婚和再婚前的等待期不可以由法律加以延长，但是，只有在向弱势一方提供了经济扶持以后，才可以采用这种方式。

对承诺自由的认识偏见和局限

婚前决定的风险证明了对契约自由进行限制的正确性。认识的偏见可能导致人们对承诺条款需要与否估计错误。有些夫妇可能承诺过多，使得某些情况下，成本过高。另一方面，通过政策告知夫妇有限承诺的益处可能会有所帮助，因为有些夫妇可能没有考虑到防止对婚姻稳定性威胁的措施的必要性。

准备结婚的人可能受情感和认识偏好的影响，做出错误的决定。双方可能对美满、持久的婚姻前景过于乐观，认为离婚会带来不适，双方完全可以避免离婚。研究表明，当人们面对两种不一致的情况或事实时，他们会试图使自己对它们的认知达到和谐(Festinger，1957，1964)。而且，做决定的人通常倾向于过高估计经验的东西，而忽视抽象的信息(Tversky and Kahnemann，1982)。在准备结婚的人看来，离婚，甚至婚姻中的严重冲突，似乎都是不可能的事。研究证据表明，新婚夫妇通常都会低估婚姻失败的可能性(Baker and Emery，1993)。一般来说，婚前阶段不适宜对与离婚 52
相关的问题做出决定，因为这一时期，人们通常会发生认识错误(Scott，1990)。

在对婚姻承诺做出决定这一问题上的认识偏见所产生的影响并不容易预测。乐观主义者可能认为没有必要实行具有法律约束力的承诺。如果这种反应广泛传播开来，法定承诺机制将无用武之地——这是以“过低承诺”为标志的反应。另一些人可能认为，采用承诺条款可以增强他们对婚姻成功的信心，鼓励他们为彼此付出。后一种反应会带来“过高承诺”——对离婚实行更为严厉的限制，比多数人所认为的合理规定更为严厉。从而，双方可能同意永不离婚或者规定离婚一方要支付一定的罚金。当然，如果承诺条款的作用是可以预知的，可以加强对双方都有利的婚姻的稳定性，这样规定是没有问题的。但是，如果这些经同意的承诺条款不

能挽救婚姻,那么,将产生一系列严重的问题。正如我上文中提到的,如果婚姻开始就是一个错误或者一方或双方的个人特征、价值观或喜好发生了重大变化,致使婚姻不可能维持下去,这时,很有可能产生上述问题。此时,对离婚的禁止性限制会严重影响个人自由。因此,法律对契约自由的限制是必要的,它对离婚进行了适当限制,从而保证了夫妻履行承诺,而不是将承诺作为自我束缚的手段。

五、法律改革的前景:一个警告

如果传统家庭法的改革者因为废除法定承诺机制,无意中破坏了婚姻的稳定,那么,当代的立法者可以改正这一错误。而契约婚姻,作为夫妻自愿的契约承诺方式,有助于夫妻达到婚姻稳定、持久的目标,是一种有效的方式。契约婚姻将法定承诺与其他结合方式中的承诺加以区别,使承诺信号更加明确。此外,它以符合现代个人自治和个人隐私这一价值观的方式,为婚姻提供了传统的婚姻所具有的预先承诺和契约利益。对那些希望结婚,并对婚姻持有比较严肃的态度的人来说,契约婚姻方式将会被广泛地选择。

但是,问题比原本想像的要更复杂。立法改革能否使婚姻承诺重新发挥作用还是个未知数,因为契约婚姻的影响取决于它实
53 施以后的社会意义。对离婚法改革的争论说明,人们认为,尽管作为一种承诺机制,契约婚姻起着重要的作用,但它却有回归到早期的不受欢迎的婚姻规则之嫌。这种反应说明了,对大多数人来说,一方面,他们希望婚姻能够长久,另一方面,对婚姻承诺的法律强制性规定能否使他们达到这一目的却产生怀疑。

在我看来,对法律强制承诺的这种复杂的态度部分是由于承诺规则与性别规则之间的关系,在传统婚姻中,这两者一直是混为

一体的。从理论上来说，两者的功能不同，法律上可以将其分开。但是，在传统婚姻法中，两者结合过于紧密，以至于影响着人们对法律调整角色这一问题的态度。现在，人们普遍认识到，性别屈从一直都被强加于女性，甚至比传统的法律制度更有力。支持两性平等成为现代公共演说的主题。在这种社会环境中，人们对法律强制承诺很容易产生怀疑，因为它具有使性别规则回归的危险，对两性平等产生威胁。承诺与性别规则之间的关系对一些政策，例如契约婚姻，产生不良影响。一些契约婚姻的保守的支持者实际上支持传统婚姻和性别角色划分，这使得这种不良影响更加严重。对自由主义者和女权主义者来说，这更加确定了他们的怀疑，即所谓的改革只不过是社会发展的结果。

在政治领域，对法律在调整婚姻和家庭关系中的地位问题也存在争论，在这种环境中，法定承诺作为促进夫妻实现个人婚姻目标的手段，其价值已经不那么明显。实际上，不论自由派还是保守派，都应该支持契约婚姻形式的适用。因为在离婚法改革的问题上，两派之间存在一个重要的共识。与其他具有严重分歧的社会政策不同，例如堕胎，对婚姻问题的法律规定影响到大多数人，他们在持久婚姻的价值问题上，没有严重的价值冲突。多数人都不支持回归到以前的制度，因为那时婚姻处于父权统治之下，婚姻承诺完全由国家规定。而在现代法定承诺的婚姻制度下，传统的性别规则被废除，自愿的契约承诺代替了原有的国家强制。现代希望婚姻持久的人应该欢迎这样一种制度，通过符合现代自由价值的法律机制，这一制度具有很强的信号功能，可以给人们带来传统婚姻法所具有的契约利益和预先承诺的利益。54

参考文献

Ainslie, George (1975), "Specious Reward: A Behavioral Theory of Impulsiveness and Impulse Control", *Psychological Bulletin*, 82,463.

Amato, Paul and Allen Booth (1997), *A Generation at Risk: Growing up in an Era of Family Upheaval*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

American Law Institute (1999), "Compensatory Spousal Payments", *Principles of the Law of Family Dissolution*, Philadelphia, PA: ALI.

Baker, Lynn and Robert Emery (1993), "When Every Relationship Is above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage", *Law and Human Behavior*, 17, 993.

Bishop, William (1984), "'Is He Married?' Marriage as Information", *University of Toronto Law Journal*, 34,245—63.

Eggars, Dave (2000), "Intimacies", *New York Times Magazine*, 5 July, 76—7.

Elster, Jon (1979), *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge: Cambridge University Press.

Emery, Robert (1982), "Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce", *Psychological Bulletin*, 92,310.

Festinger, Leon (1957), *A Theory of Cognitive Dissonance*, Evanston, IL: Row Peterson. (1964), *Conflict, Decision and Dissonance*, Stanford, CA: Stanford University Press.

Glendon, Mary Anne (1984), "Family Law Reform in the 1980s", *Louisiana Law Review*, 44,1553.

Haas, Theodore F. (1988) "The Rationality and Enforceability of Contractual Restrictions on Divorce", *North Carolina Law Review*, 66,879.

Hunter, James (1991), *Culture Wars: The Struggle to Define America*, New York: Basic Books.

Jacob, Herbert (1988), *The Silent Revolution: The Transformation of Divorce Law in the United States*, Chicago: University of Chicago Press.

Parfit, Derek (1973), "Later Selves and Moral Principles" in A. Montfiere (ed.), *Philosophy and Personal Relations*, London: Routledge & Kegan Paul, 137.

Posner, Eric (1999), "Family Law and Social Norms", in Frank Buckley (ed.), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Durham, NC: Duke University Press,256.

Rasmusen, Eric and Jeffrey E. Stake (1998), "Lifting the Veil of Ignorance: Personalizing the Marriage Contract", *Indiana Law Journal*, 73, 454—502.

Schelling, Thomas (1984), "Self Command in Practice and in a Theory of Rational Choice", *American Economic Review*, 74, 1.

Schneider, Carl (1984), "Moral Discourse and the Transformation of American Family Law", *Michtgan Law Review*, 83, 1803.

Scott, Elizabeth S. (1990), "Rational Decision-making about Marriage and Divorce", *Virginia Law Review*, 76, 9.

(2000), "Social Norms and the Legal Regulation of Marriage," *Virginia Law Review*, 86, 1901.

Scott, Elizabeth S. and Robert E. Scott (1998), "Marriage as Relational Contract", *Virginia Law Review*, 84, 1225.

Scott, Robert and Douglas Leslie (1997), *Contract Law and Theory*, 2nd edn, Charlottesville, VA: Michie Press.

Strotz, R. H. (1955—1956), "Myopia and Inconsistency in Dynamic Utility Maximization", *Review of Economic Studies*, 23, 165.

Trebilcock, Michael (1999), "Marriage as a Signal", in Frank Buckley (ed.), *The fall and Rise of Freedom of Contract*, Durham, NC: Duke Universutt Press, 245.

Tversky, Amos and Daniel Kahnemann (1982), "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", in D. Kahnemann, P. Slovic, and A. T versky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, *Cambridge*: Cambridge University Press, 3.

第四章　协议离婚

艾伦·M·帕克曼

自愿协议是分配社会稀缺资源的有效手段。由于社会资源的稀缺性，人们在交易中，都试图使净收益最大化。因此，经济学家普遍认为，法律无须对交易条件加以限制，因为交易双方为使效益最大化，自然会这么做。而只有在交易具有重要的外部性或交易一方在市场中权力过大，会导致不公平交易时，法律才有必要对交易条件加以限制。即使这样，法律的限制也主要是使人们认识到外部成本或行为的收益或对过度的市场权力加以限制，而不是限制某几方面的交易，只有这样，才能实现效率。但是，当人们达成一生中最重要的协议——决定结婚——时，他们却无力控制自己的协议，因为国家对他们的交易加以法律限制。他们甚至不能自己决定离婚的基础，而一旦离婚，法律对离婚的后果的控制却极其有限。尽管离婚对子女和社会大众具有外部性，但法律对这些却未给予足够的关注。过大的市场权力并不是这些协议的问题所在。

在本文中，我认为，加强当事人对自己婚姻的控制，尤其当婚姻面临破裂危险，涉及财产分割时，当事人的控制和协议有利于无过错离婚制、过错离婚制以及美国目前所存在的对财产分割和监护权做出规定的成文制度的改进。[1] 尽管离婚的法定理由只是

---

〔1〕 许多工业国家也实行无过错离婚法，所以，上述分析对这些国家同样适用。关于美国无过错离婚法的详细分析，见 Parkman(2000)。

婚姻协议中的一部分,但是,它对婚姻质量有着重要的影响。目前,在过错离婚制下,关于离婚时婚姻财产处理有着成文的规定,而允许配偶协议离婚会使这种规定的重要性降低。同时,在解决 57
离婚对子女的外部性的问题上,国家仍然将扮演重要的角色。

一、成功的婚姻

成功的婚姻在本质上是一次寻觅情投意合的配偶的艰辛过程,是双方基于家庭利益最大化原则彼此做出的承诺(Becker,1991)。寻觅过程虽然艰苦,但这样会降低离婚的可能性,从而减少可能发生的离婚带来的痛苦。许多希望结婚或已经结婚的人,都相信自己会从婚姻中获益,并且结婚是对配偶做出的长期的承诺(Glenn,1996)。当人们希望通过婚姻使自己的状况得到改善时,他们会选择结婚,当至少有一方认为自己没有达到目的时,就会离婚。

如果婚前对对方的了解不深入或不准确,离婚的可能性会更大。因为,婚后他们会得到一些新的信息,这时就会发现自己婚前得到的关于配偶的信息是错误的,先前对婚姻所持的乐观态度也是盲目的(Becker、Landes and Michael,1977)。当然,有些信息是在恋爱期间无法得到的,例如,配偶健康状况的突然变化,这不会改变他们结婚的决定。而有些信息则可以从长期的接触或深入地了解中得到,例如,对方的生活期望,想要几个孩子,等等。婚前努力地寻觅过程帮助人们得到这些信息,从而可能改变一个人的结婚决定。

尽管成功的婚姻主要基于爱情的美好和性的和谐,但同时,婚姻也使配偶对家庭成员做出经济扶持的承诺,这种承诺比他对市场或社会活动的其他参与者所做的承诺要坚定得多,这种坚定的承诺也会使婚姻更加成功。婚姻是一种持续的关系,在其他环境

中很少存在类似的关系。在婚姻关系中,一个人做出的决定常常会影响其他家庭成员。一般来说,这种影响常常会增加家庭成员的福利,反映了婚姻的收益。因此,这种行为应该加以鼓励。而进行鼓励的主要方式就是对方当时或以后做出互惠的行为。例如,配偶一方做饭,供家人享用,另一方则可以通过赚钱使家人受益。在市场中,很少有人会这样关心他人的状况,因为市场中的关系大多是暂时的。

如果夫妻想要孩子,坚定的承诺尤为重要。许多成年人都希望要孩子,因为孩子也是婚姻的重要收益。但是,这种福利将意味着夫妻角色将更专门化和固定化。已婚夫妇如果不生育子女,他们就可以继续自己的事业,扮演着与婚前类似的家庭角色。而子女的出生使夫妻角色专门化,增加了他们的压力,从而改变了原来的状况。孩子的出生常常使夫妻一方将更多的精力放在家庭上。因为父母都希望有一个健康、快乐的孩子,他们可能会分担养育子女的责任,各自拿出时间照顾孩子。但最近的调查显示,夫妻中的一个人改变工作状况,照顾孩子,比两个人各自改变的收益要大,在前一种情况,家庭的收入会更高。因为高收入的工作常常要加班或出差。如果夫妻为了照顾孩子,都拒绝这样的工作,显然,他们的经济状况将恶化。而如果一方——一般是具有高收入潜力的一方——选择这种高收入的工作,另一方,如果工作的话,选择适合照顾孩子的工作,他们的状况将好得多。因此,家庭可以从夫妻的这种角色分工中获益。

尽管努力地寻觅配偶和考虑其他家庭成员的福利显然是有益的,但这些选择也会给婚姻带来成本。寻觅共度一生的人需要投入大量的时间和金钱。在这一过程中,还会失去大量的机会。时间和金钱当然是一种成本。同时,在已经建立一种关系的情况下,很难再去寻找其他机会,这种"牺牲"也是现有关系的潜在成本。

在家庭利益最大化的基础上,在婚姻关系中做出决定也需要成本。夫妻一方可能有机会在新的地方开始新的事业,但这会给

对方带来适应新情况的成本。如果一方对另一方做出承诺,但最终,对方发现,这种承诺根本没有得到履行,此时的打击必然很大。当夫妻有了孩子,这种长期承诺的成本会更明显。婚姻中,夫妻角色的增加同时也增加了长期成本。一般来说,这种成本常常出现在孩子出生以后。在孩子出生之前,夫妻可以继续从事自己的事业,对家务实行分工。而孩子的出生,角色的专门化会产生长期的影响。当婚姻关系持续时,这种专门化对父母和孩子都是有利的;但是,一旦婚姻破裂,角色专门化的成本就会显现出来。在一个家庭中学会的技能可能在另一个家庭中价值很小,甚至在市场中没有价值,因此,一个不得不在家做家务的人离婚后,其价值可想而知。这就是离婚所带来的成本。

尽管短期婚姻也会出现上述问题,但对持续时间较长的婚姻来说,情况更是如此。如果配偶一方的责任固定为赚钱养家,那么,离婚对其技能不会产生影响。他们只不过失去了配偶所提供的家庭服务商品,但这些商品在孩子长大或离开家以后,其价值会减少。在婚姻关系中,在家操持家务的一方具备提供家庭服务商 59
品的技能,但这种技能一旦离开婚姻这个载体,将失去价值,而由于长期在家,他们挣钱的能力将极大地降低。因此,对他们来说,离婚将使他们的状况恶化,甚至不如婚前。

人们如此评价和研究婚姻,是因为人们希望知道婚姻的成本和收益,而一个理性人,都期望自己行为的收益大于成本。只有寻觅配偶的收益大于成本时,人们才会继续寻觅。但关于婚姻中做出的决定的成本与收益,会有两个问题:首先,有些决定的收益并不归决定者所有,而是其他家庭成员得到了这些收益。其次,成本与收益可能不是同时显现出来的,常常是成本要在期待收益之前付出。在婚姻关系中,双方对家庭的贡献成为婚姻持续的基础,但贡献大小的不对称会使一方,比如挣钱养家的一方,产生离婚的念头(Cohen,1987)。因此,为了增加婚姻的收益,人们应该细心地寻觅伴侣,增加自身行为给他人带来的收益,双方尽量对家庭做出

同等的贡献。

二、法律环境

人们婚前或婚姻关系持续期间所做出的决定的质量常常反映了他们的动机，而这些动机很大程度上是法律环境的产物。与婚姻关系最相关的法律规定包括离婚的法定理由、夫妻共同财产的分配和子女监护权的归属。以前在美国，如果夫妻一方没有过错行为，很难判决离婚。这些过错行为通常是指通奸、遗弃或虐待。而从 1969 年到 1985 年，美国所有的州将离婚的法定理由改为无过错的理由，包括婚姻“无可挽回的破裂”、“关系不可修复”或者在原来的过错理由的基础上，增加了无过错理由。从技术上来说，这种改革是将过错制度改为无过错制度，但实际上，更重要的变化在于将基于双方合意的离婚改为单方即可离婚。

过错离婚制建立的基础在于，认为离婚可以归咎于夫妻一方的行为。但婚姻失败常常是因为双方没有达到彼此的期望或至少一方没有达到另一方的期望，尤其当上述条件未得到满足时，更是
60 如此：没有认真寻觅配偶，或者双方没有对婚姻做出坚定的承诺。婚姻中的通奸、遗弃和虐待行为毕竟是少数，因为这些原因而破裂的婚姻并不多。即使婚姻中真的出现这些行为，其背后的原因也相当复杂。通奸可能是对与配偶的性关系不满，而去寻找比较满意的关系；遗弃可能是因为某些原因，如酗酒或吸毒，配偶一方被逐出家门；而虐待可能是因为某些不明显的原因，比如，一方有婚外恋行为。尽管这些行为被公认为是婚姻破裂的原因，但许多婚姻破裂的原因并不在于此。

很可能，婚姻破裂是因为配偶彼此传递了关于自身或婚姻的新的信息或者在婚姻之外，他们有了新的机会。如果离婚要求具有过错，但任何一方都没有过错或至少没有证据加以证明，那么，

希望离婚的夫妻只好伪造证据。在过错制度下，随着离婚率的上升，尤其是第二次世界大战以后，夫妻伪造证据离婚的现象十分普遍(Rheinstein，1972，p. 247)。这并不意味着双方都愿意这么做。通常是希望离婚的一方向对方做出让步，以取得对方的配合，共同伪造证据。这些让步经过了双方同意，但常常忽视了法律的规定。比如，那些为了婚姻放弃事业的人，在法定离婚后，经济状况会恶化，因此，他们可能在与对方的交易中要求更多的经济补偿。婚姻事实与让步使配偶之间能够达成一致，伪造证据，以达到离婚目的。

过错离婚制是有益的，因为在这一制度下，为使婚姻关系更为长久，夫妻会积极为家庭做出贡献。因为他们明白，没有一方的配合，另一方很难离婚。但是，从另一个角度来说，它在鼓励了不想离婚的一方的同时，潜在地增加了对婚姻收益做出错误估计的一方的成本。如果法院要求证据必须真实和有说服力才可以离婚，后果将不堪设想。尽管许多夫妇认识到自己的结婚决定是错误的；但是，却因为法律的规定被迫继续这桩婚姻，而以任何合理的标准来衡量，这桩婚姻实际上都是失败的。而如果允许伪造证据，法院实际上是在婚姻收益对双方都是负值时允许夫妻协议离婚。

61

在不允许伪证的过错制度下，离婚极为困难，这引起了离婚法的改革运动，从而带来了无过错离婚法的颁布(Parkman，2000)。起初，有些州希望由法院决定是否需要制定无过错离婚的法定理由，但法院很快认识到决定与否已经没有意义，因为实践中，如果一方希望离婚，离婚自然就会发生，而无须任何理由。

但是，在有意识地改变离婚法定理由的同时，法律忽视了离婚财产处理这一问题。关于夫妻共同财产的分配，没有监护权的一方支付子女抚养费，给予短期恢复工作的配偶以经济支持等问题，法律应该做出明确规定。但是，执行这些规定存在着实际困难。因为，通常夫妻共同财产较少，子女和配偶的扶养费很难及时得到

支付。

除了这些实际困难之外，法律对离婚时财产处理加以规定似乎低估了离婚的成本(Parkman，1998—1999)。最明显的是，没有考虑到婚姻对一个人收入能力的影响。一般来说，一方或双方在婚后，都会在一定程度上限制自己的工作时间、强度等，所以他们不能期望自己婚后的收入和婚前一样或与没有限制之前一样。如果离婚时，这种收入能力的降低得不到补偿，那么，离婚的所有成本都被忽视了。还有另外一种情况，虽然不是普遍现象，但也实际存在着，那就是挣钱养家的一方因为婚姻，其事业得到发展，将来收入增加了。如果是这样，对他进行投资，也会带来成本。对这些投资不给予补偿同样是离婚的成本。可能这些在新的法律中都会加以考虑和规定，但总会有法院没有想到的离婚成本。尽管知道对方想离婚，但自己还是对配偶和孩子恋恋不舍。对不想离婚的一方来说，这种爱情和亲情的失去或减少也是一种成本。现有的婚姻可能是长期的、花费巨大成本寻觅的结果，但离婚意味着他要重新寻觅，安排新的生活。最后，离婚会使孩子的生活质量急剧下降。

如果对离婚的成本没有足够的认识，可能会导致无效率离婚的增加。这可以用商业上的合同进行解释。经济学家普遍认为，合同法的规定很适用，很合理。合同法规定，当合同一方想要终止合同时，他可以采用替代履行的方法或补偿守约方所花费的成本(Posner，1992)。因此，只有当违约的收益大于守约的成本时，合
62 同当事人才有动机违约。而如果低估了违约的成本，就会适得其反，可能违约的净收益为负值时，该当事人却选择违约。

同样，如果对离婚问题的处理低估了离婚成本，可能会导致无效率的离婚，使各方的离婚净收益为负值。而在无过错离婚制下，常常是全体家庭成员的净收益小于其成本时，离婚发生。当然，对离婚的夫妻而言，他们的收益大于成本，所以，离婚对他们来说，似乎是合理的、理性的选择。

无过错离婚制对有些人来说,是极具吸引力的。因为在这一制度下,那些做出错误选择的人可以以极低的成本从错误的婚姻中逃脱。当错误决定的成本降低时,理性人的反应是不再那么努力地避免做出错误决定。由此可知,其结果是更多的、更错误的决定。无过错离婚制也减少了对基于长期承诺而对婚姻做出牺牲的一方的补偿,从而导致人们没有动力为婚姻做出牺牲。在关于动力的问题上,无过错离婚制称不上一个有效的机制。因为在这一制度下,单方可以以较低的成本离婚,人们婚前没有动力认真寻觅配偶,婚后也没有动力为家庭的收益做出贡献。

总之,在过错离婚制下,双方要一致同意,才能离婚。这一制度鼓励人们认真寻觅自己的配偶,并在婚后为了婚姻收益努力做出贡献。而这一制度的主要问题在于,它使做出错误的结婚决定的一方的潜在成本较高。同时,从动力的角度来看,无过错离婚制实在不敢恭维,因为它使人们减少了寻觅配偶以及做出承诺的动力。但这一制度确实降低了选择配偶时错误决定的成本。

三、首选的离婚的法定理由

理想的离婚的法定理由应该使离婚对各方来说,净收益都是正值。在结婚时,双方合意会产生这种结果。而当离婚的成本较小时,双方在结婚初期,会得到关于对方的新的重要的信息,这时,实行无过错离婚制则十分必要。要求双方合意才能离婚,这会导致双方困于婚姻之中,即使离婚的收益较大,双方仍旧不予合作。这种情况下,实行过错离婚制将会产生积极的效果。

无过错制度、双方合意以及离婚时的过错理由的结合,会增强想要结婚的人的结婚动机。国家介入家庭生活,这正是这里所以

提倡的。[2] 国家的作用应该是保护儿童,这是显而易见的,因此,国家有必要通过立法保护儿童的权益,无论在其父母婚姻关系持续期或离婚之后。离婚后果对婚姻质量本身有着很大的影响,认识到这一点极为重要,因为它影响到婚前寻觅行为以及婚后承诺行为的质量。[3]

协议离婚

协议离婚应该是离婚的主要理由。如果配偶双方都认为自己的婚姻是失败的,该婚姻就应该解体。过错离婚制的许多反对者——现在大多是无过错离婚制的支持者——并未认真考虑过协议离婚这种方式(Kay,1987)。在那些希望法律有所变化的人中,通常,他们所考虑的无过错制度的替代品是过错制度,而不是协议离婚制(Ellman,1996;Bradford,1997;Ellman and Lohr,1997)。如果人们认识到,现存法律的主要问题在于它允许单方离婚,那么,他们就会认为,无过错制度最佳的替代品是协议离婚,而不是过错离婚制。

对离婚法定理由的争论说明了人们更关心表面的、明显的情况,而不是潜在的情况。人们支持无过错离婚制,因为它保护了那些做出错误的结婚决定的人——如果实行协议离婚或过错离婚,那些不幸的女性将被困于无爱的婚姻中,这就是上面所说的明显

---

〔2〕 传统上,在美国,家庭一直被认为是社会的基石,因此,国家立法和法院已经介入家庭中。例如,可以参见 Maynard v. Hill,125U.S.190,205(1888)。此外,在 1965 年以前,立法介入的范围相当大。如 Griswold v. Connecticut,381U.S.479(1965),最高法院认为,Connecticut 法律禁止已婚夫妇使用避孕措施,这一规定是违宪的。

〔3〕 因为法律规定了离婚的理由,所以,不喜欢法律对离婚问题所做的规定的人们,转而在婚前达成协议。这些协议一般很难执行,但在那些通过"统一婚前协议法"9B U.L.A.369(1987)的州,情况会有所改善;可参见 Bix (1998)。但是,婚前协议对许多夫妇来说,并不具有吸引力,因为他们对未来并没有明确的打算,因而也不清楚对这些事应该附加什么条件。可参见 Alexander (1998)。

的情况(Coontz,1997,p.82)。[4] 但是,如果鼓励那些做出或准备做出更好的决定的夫妻或给他们以回报,人们将从中获益,可是这一点被忽视了,因为它属于潜在的、不明显的情况。如果这样,他 64
们将在婚前努力寻觅情投意合的伴侣;婚后,为了自己和家庭的收益,将慎重做出各种决定。

了解到离婚的理由是双方合意,这会鼓励配偶为婚姻做出牺牲,这对婚姻显然是有益的。同时,并不是所有的婚姻都是美满的,所以,如果一对夫妇对他们婚姻的持久性产生质疑,协议离婚制度可以鼓励他们认真评估婚姻以及潜在的离婚的总成本和总收益。

在协议离婚制下,不想离婚的一方可以要求对方对其花费的成本进行补偿,作为同意离婚的条件。可以假设两种情况来说明这一问题。假如妻子要求离婚,而丈夫对妻子也无甚留恋,并且他与孩子的关系不会因离婚而受到影响,他对家庭的牺牲也不多,而且,他可以很容易地找到一个好的妻子。他认为父母离婚对子女不会造成很大影响。这时,他会愿意与妻子达成离婚协议,因为离婚对他来说,成本较低。由此可见,当离婚收益超过离婚成本时,允许离婚会使社会收益增加。相反,如果丈夫对妻子仍旧恋恋不舍,他可能会觉得离婚后,自己和孩子的关系将大不如以前。而且,他原本期望婚姻会长久,并为此付出了许多。要找一个新的与原来相当的配偶或开始一段新的生活,对他来说,都需要很长的时间和很高的成本。而且,他认为孩子的生活质量会因为父母的离婚而急剧下降。在这种情况下,丈夫可能要求很高的经济补偿,但妻子却不愿支付。换言之,配偶和孩子认为维系婚姻的价值比想要离婚一方所认为的离婚的价值要高。在这种情况下,维系婚姻

---

〔4〕 有些人认为,无过错离婚制保护了孩子,使他们不会受到父母所做的错误决定的影响,但他们没有认识到,如果父母有动力做出更好的决定,子女将从中受益。参见 Gordon (1998)。

对社会更为有利。

协议离婚的一个优点在于，它使父母双方都要考虑离婚时子女所带来的成本。这些成本远远不止抚养子女的成本。如果想要离婚的夫妻考虑到离婚的全部成本，尤其是子女带来的成本，他们可能会选择维持婚姻，从而，为子女提供更好的条件。[5] 想在离婚之后得到子女监护权的一方更需要考虑子女产生的成本。如果父母离婚后，子女生活得不幸福，这也会影响到拥有监护权的一方
65 的利益。子女和拥有监护权一方的利益变化都是离婚带来的成本，协议离婚制会使夫妻在考虑离婚时去评估这些成本。

协议离婚的另一个优点在于，它使夫妻有动力去考虑适合他们的婚姻规则。如果人们知道协议离婚是婚姻解体的首选理由，这会增加他们达成婚前或婚后协议的动力。不管是过错离婚制，还是无过错离婚制，都由法律直接规定离婚的法定理由，当事人没有机会对自己的离婚理由做出规定。而协议离婚制下，离婚是基于夫妻自己规定的标准而不是法律的规定。在这种情况下，夫妻可能会更倾向于将他们的离婚理由具体化，比如，婚姻期间的事业冲突。当然，夫妻间的所有协议应该建立在保护儿童的基础之上。

当然，协议离婚并不是一个十全十美的解决方案。如果一方想要忽略婚姻带给其他人的成本，婚姻就不得不继续。当一方故意不与对方达成协议时，就会发生这种情况。当然，不可否认的是，人们也能够很理性地处理诸如结婚、离婚这样的感情问题。在许多离婚案件中，起初，通常都有一方想维系婚姻(Wallerstein and Kelly, 1980, p. 17)，但当离婚对各方——尤其是子女——的总收益大于成本时，社会收益因为离婚而增加。此时，双方都希望达成协议，以使各自的状况都得到改善。在过错制度下，协议离婚的案例的大量存在，这说明人们愿意协议离婚，并已经尝试着这么

---

〔5〕 在无过错离婚制下，很多时候，夫妻稍有不合就会离婚。详见 Amato 和 Booth(1997, p. 220)。

做了。

有些人并不认同协议离婚，因为它会使人们因为无法达成协议而不得不继续并不美满的婚姻，但是，他们很少认识到，协议离婚会使人们更愿意做出长期的承诺。以下对无过错离婚和过错离婚的讨论主要着眼于不成功的婚姻。此外，我们必须认识到，协议离婚有其局限性，它会使已经敌对的双方不得不困于并不幸福的婚姻之中。实际上，任何一方都可以随时结束婚姻，他们需要考虑的只是其他人的反应，法律强加的配偶之间或对子女的经济义务以及自己再婚的能力。

在离婚协议中，夫妻可以不必遵守法律的规定，除非这些规定是用来保护儿童的权益。而且，协议也可以不遵守法律对财产处理，监护权归属的安排或对这些安排加以修改。而现存法律最需要修改的是更加系统地对婚姻给夫妻收入能力带来的影响予以考虑(Parkman，1998—1999)。

无过错离婚

无过错离婚在婚姻的早期仍然有其优势。协议离婚给不想离婚的一方很大的权利，为了限制这种权利的滥用，如果离婚的潜在成本较低，比如刚结婚不久或者没有孩子，这时，实行无过错离婚更合适。在婚姻早期，双方还处于适应和评估阶段。在这一阶段，无过错离婚应该成为离婚的法定理由，使夫妻可以检验自己对婚姻的承诺。

最后，当至少有一方基于对婚姻的长期承诺而进行付出时，应该由无过错离婚转为协议离婚。当一方为了婚姻而限制自己的工作时或夫妻有了孩子时，这种付出就会变成一种经常性的付出。在这个流动性很强的社会中，搬家是很普遍的。通常，在这一过程中，为了婚姻的长期收益，夫妻一方将被迫放弃自己喜欢的工作，以使另一方能够得到更好的工作机会。此外，夫妻中通常要有一

方的工作性质比较适合照顾孩子。由于婚姻中这些情况的变化，离婚的法定理由应该转变为协议离婚。长期的婚姻关系中，事情千变万化，所以，预先规定一个时期，比如五年，作为从无过错离婚转为协议离婚的界限，这样似乎更合理。认识到离婚的法定理由在一定情况下——搬家，生育子女或规定时期的到来——有所变化，这会迫使夫妻重新评估对彼此的承诺。如果他们无法适应协议带来的限制，他们也可以同意实行无过错离婚。

在无过错离婚制下，法律对离婚时的财产安排应该予以规定。但是，如果不存在一方为了婚姻调整工作的情况或夫妻没有孩子，法律对财产问题的规定范围应该缩小。

过错离婚

过错离婚制在离婚问题上当然也有其重要作用。当一方是被迫离婚而不是想要离婚时，协议离婚会产生很多问题。任何人，包括夫妻本身和法官，都很难清楚地认定婚姻中的过错。被迫离婚类似于过错离婚法中规定的情况。在过错离婚制下，过错方做出不当行为，法律赋予无过错方离婚的权利：实际上，无过错方是被
67 迫离婚。当配偶一方是过错行为，例如虐待或婚外恋的受害者，但过错方却不同意离婚时，协议离婚无法解决这一难题。在过错离婚法时代，法院对解决类似案件也常常束手无策（Rheinstein，1972）。因为，过错离婚法所规定的离婚理由并不适用，婚姻失败常常是因为法律规定之外的原因。即使真的能够证明过错的存在，婚姻失败的真实原因也比法律所规定的要复杂得多。但是，如果有确凿的证据证明一方存在过错，例如虐待配偶或虐待子女，过错离婚制相对来说更适用一些。因为虐待行为是社会普遍不能接受的，应该予以惩罚。因此，当存在虐待行为时，法律应该考虑对离婚财产处理和监护权归属的安排进行调整。

四、结论

作为许多婚姻解体的一种方式，协议离婚并不是解决家庭问题的完美方案，但它确实优于其他制度，尤其是适用于所有婚姻的无过错制度。协议离婚有其优越性，因为它使人们认真地寻觅情投意合的伴侣，在婚姻关系中，它使夫妻能够在家庭利益最大化的基础之上做出各种决定，而不是仅仅考虑个人利益。无过错离婚制使夫妻在婚姻早期能够以较低的成本评估对彼此的承诺，而过错离婚制则使夫妻的行为能够符合普遍的社会准则。

68

参考文献

Alexander, Gregory S. (1998), "The New Marriage Contract and the Limits of Private Ordering", *Indiana Law Journal*, 73, 503—510.

Amato, Paul R., and Alan Booth (1997), *A Generation at Risk*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Becker, Gary S. (1991), *A Treatise on the Family*, Cambridge, MA: Harvard University. Press.

Becker, Gary S., Elisabeth M. Landes, and Robert T. Michael (1997), "An Economic Analysis of Marital Instability", *Journal of Political Economy*, 85, 1141—1187.

Bix, Brian (1998), "Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital. Agreements and How We Think about Marriage", *William and Mary Law Review*, 40, 145—207.

Bradford, Laura (1997), "The Counterrevolution: A Critique of Recent Proposals to Reform No-Fault Divorce Laws", *Stanford Law Review*, 49, 607—636.

Cohen, Lloyd (1987), "Marriage, Divorce, and Quasi Rents; or, 'I Gave

Him the Best Years of My Life' ", *Journal of Legal Studies*, 16,267—303.

Coontz, Stephanie (1997), *The Way We Really Are: Coming to Terms with America's Changing Families*, New York: Basic Books.

Ellman, Ira Mark (1996), "The Place of Fault in a Modem Divorce Law", *Arizona State Law Journal*, 28,773—836.

Ellman, Ira Mark and Sharon Lohr (1997), "Marriage as Contract, Opportunistic. Violence, and Other Bad Arguments for Fault Divorce", *University of Illinois Law Review*, 3,719—772.

Glenn, Norval D. (1996), "Values, Attitudes, and the State of American Marriage", in David Popenoe, Jean Bethke Elshtain, and David Blankenhom (eds.), *Promises to Keep: Decline and Renewal of Marriage in America*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield.

Gordon, Robert M. (1998), "The Limits of Limits on Divorce", *Yale Law Journal*, 107,1435—1465.

Kay, Herma Hill (1987), "An Appraisal of California's No-Fault Divorce Law," *California Law Review*, 75,291—319.

Parkman, Allen (1998—9), "Bringing Consistency to the Financial Arrangements at Divorce", *Kentucky Law Review*, 87,51—93.

(2000), *Good Intentions Gone Awry: No-Fault Divorce and the American Family*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield.

Posner, Richard A. (1992), *Economic Analysis of Law*, 4th edn, Boston, MA: Little, Brown.

Rheinstein, Max (1972), *Marriage Stability, Divorce, and the Law*, Chicago: University of Chicago Press.

Wallerstein, Judith S., and Joan Berlin Kelly (1980), *Surviving the Breakup*, New York: Basic Books.

第五章　对通奸进行法律规制的经济学进路

艾里克·拉斯缪森

你确信这婚姻是天作之合，愿意承认她为你的妻子，并与之生活在一起吗？你愿意无论疾病与健康，终身爱她、安慰她、尊重她、保护她，直至死亡把你们分开吗？

（祈祷书，1662 年）

一、概述

两个人结婚时，会承诺彼此忠贞不渝。当一方违背这一承诺时，就会发生通奸。人们通常认为，违背承诺，尤其是违背忠诚的承诺是错误的。但衡平法上常说“每个错误都可以救济”。本文旨在讨论在众多的可能的救济方式中，哪一种适用于通奸。在现代美国法中，通奸的正式的救济方式包括受害方起诉离婚并强制分割财产。但实际上，这并不是真正意义上的救济方式，因为在现代无过错离婚法下，任何人都可以起诉离婚而无须任何理由。从离婚可以阻止通奸的角度来说，这一方式只能使通奸的趋势扩大，因为它会使背叛一方更加厌恶受害方。在法律上，通奸和起诉配偶通奸都是充足的离婚理由。

过去，也存在着其他的救济方式，许多方式在今天仍能看到其

痕迹。这些方式包括刑罚、侵权和自助行为。本文将运用法律和经济学的工具分析通奸的救济这一问题。这一方法将把通奸法视为在有效率的婚姻契约下，建立一种法律制度的问题。在这一新建的制度下，婚姻将使丈夫和妻子的净收益最大化，并且，这一制度将在适当的时机关注第三者的溢出效应问题。当这种溢出效应不存在时，从效率的角度来说，如果交易成本较低，一种重复夫妻
70 婚姻条款的通奸法将被选择适用。本文不会从道德、社会秩序、家长制或不可剥夺的权利的角度分析通奸，而是从个体利益的角度加以分析。

二、模型

假设

通过建立一个正式的模型，将人们对通奸的成本和效益的看法进行分类，有助于对这一问题进行分析。为简便起见，假设妻子的投资，例如为了更爱她的丈夫，放弃自己的工作或随丈夫搬到一个陌生的城市，只是对婚姻来说有意义，并且，如果她的丈夫对她不忠，她会后悔进行这些投资。[1] 此外，模型中将与丈夫通奸的人成为“第三者”。假设妻子没有对婚姻进行投资，一旦她知道丈

---

〔1〕 在这一模型中，“丈夫”是指夫妻中，“被诱惑而通奸的一方”，而不是指“男性配偶”。但人们习惯认为，男性比女性更容易受诱惑。Allen 和 Brinig 对弗吉尼亚州费尔法克斯郡的情况进行了考察，结果也确实如此。同时，在大多数国家中，很多时候，通奸法对男性和女性的规定并不相同。此中的缘由（进化的差异？相对于卖淫来说，通奸并不严重？愤怒的男性的暴力危险更大？）也可以用本文所提供的模型进行分析探讨。如果在某个国家中，女性并不介意丈夫的通奸行为，那么，给予男女两性区别对待的通奸法将是有效率的；如果通奸法忽略了丈夫的通奸行为给妻子带来的损害，它就是无效率的。此处，我主要对美国的情况加以讨论。

夫有不忠的行为，她会与丈夫离婚，这种离婚的威胁足以阻止丈夫的通奸行为。

可是，如果妻子对婚姻进行了投资，那么，她的离婚威胁将不足以产生威慑作用。一旦通奸发生，她将受到重大损失。如果丈夫坚守承诺，保持忠实，他会从妻子对婚姻的投资中获益。但从丈夫的角度来说，他更喜欢妻子投资，而自己可以有外遇。妻子可能会努力观察、监视，以增加她发现丈夫不忠的可能性。[2] 而丈夫则要承担寻找第三者并隐瞒通奸事实的成本，这一成本的大小取决于妻子的预防措施。由于可能发现丈夫通奸（如果真的存在通奸），妻子会加倍努力进行侦查。妻子的这种侦查行为减少了丈夫的效用，增加了妻子的效用，尽管与向已存在通奸行为的婚姻进行投资，只为“享受”发现丈夫通奸时的满足相比，这一效用并不高。丈夫效用的降低与法律的惩罚无关，而是表现在他处于被抓以及妻子发现第三者身份的窘境之中。被发现通奸时，效用的明显降 71
低以及通奸行为本身的低收益会阻止许多人，可能是大部分人，发生通奸行为，就好像羞耻感和顾虑会阻止许多人犯罪（例如盗窃行为），而法律则比较关注这些不遵守社会规则的人。[3]

在这一模型中，尚未暴露的通奸行为伤害了妻子，但如果真的存在通奸，妻子将从发现事实真相中获得收益。为什么这一模型

---

〔2〕 即使妻子不付诸努力，这种可能性也存在，因为当妻子不对婚姻进行投资时，离婚的威胁会阻止丈夫通奸。Lillian Bevier 曾提到过，在关注丈夫的欲望的前提下，妻子阻止通奸发生的努力对社会有益，并且婚姻双方都会从这一投资中得到收益。如果这一效果十分明显，那么在对妻子努力的方向进行引导，使其正确的前提下，通奸应该合法化，就好像免除司机的过失责任可以使行人加倍小心。

〔3〕 “与法律的惩罚无关”是指即使法律不对通奸加以规定，通奸行为本身的惩罚也会起到相同的作用。我们通常会认为，法律加重了对通奸的惩罚，但不可思议的是，有的法律通过惩罚生气的妻子来保护有外遇的丈夫。此时，法律实际上减轻了对通奸的惩罚。这听起来荒谬，但无过错离婚法就有此嫌疑，因为依照无过错离婚法，如果妻子对丈夫有外遇一事抱怨太多，惹恼丈夫，法律允许丈夫与妻子离婚。

进行如此设计?〔4〕部分是因为即使妻子不通过监视进行侦查,她也能推测出丈夫有外遇。可是,为什么人们明明清楚当自己知道配偶有外遇时,自己会不高兴,还是希望了解实情呢?这里,我们将运用个人偏好的经济观点以及支付功能分析上述投入资源以得到特定结果的现象,而不是从心理的角度进行分析。因此,妻子愿意投入资源,对丈夫进行侦查是因为她可以从发现丈夫有通奸行为中得到收益,而不论她发现后高兴与否。

分析

我们首先考虑一下当法律缺位时,情况会怎么样。妻子会有先见之明,认识到在她对婚姻进行投资之后,如果她想阻止丈夫有外遇,她必须进行监控。可能会出现两种情况:一种是,妻子可能决定对婚姻进行投资,并对丈夫进行严密监控,这种情况下,丈夫甚至根本不会试着去找第三者;另一种是,妻子可能认为阻止丈夫通奸的成本太高,因而她决定不对婚姻进行投资。

在这一简单模型中,根本不会发生通奸行为,因为妻子的预防措施或者在妻子不投资时的离婚威胁阻止了通奸的发生。但是,这里存在利益的丧失,而且可能是巨大的利益丧失。此项损失来自于阻止通奸发生本身,妻子用于预防的成本或者在妻子不投资时夫妻的损失。如果假设妻子确切地知道丈夫受诱惑的危险等级,那么,只有当妻子的预防措施没有达到应有的程度时,通奸才会发生。这会带来其他两项成本,即妻子的直接损失和丈夫通奸及隐瞒事实的交易成本。

72

〔4〕 在其他情况下,也存在这一问题。例如,一个妇科医生在病人不知情的情况下强奸病人。在 People v. Minkowski 一案中,204Cal. App. 2d 832(1962),法院认为这种伤害确实存在。

对通奸加以法律惩罚无异于对私人阻止通奸的困境进行惩罚。为了有效率地阻止通奸，法律的惩罚必须足够严厉，即使妻子不监控，丈夫也会发现通奸的期待利益大大低于交易成本。在这种情况下，丈夫不会有外遇，妻子也会放心地投资于婚姻，而不是监控，社会收益将最大化。在通奸发生之前，夫妻都会愿意接受对通奸进行严厉惩罚的法律；丈夫愿意接受是因为他清楚，如果法律对惩罚已有规定，他就不会从事这一行为，也不必承担一系列的成本。〔5〕

提到契约，尤其是婚姻，人们常常认为这类长期关系在结束的同时却没有对违约行为进行惩罚或者契约双方自由对惩罚的有关事项达成协议。〔6〕的确，这是契约理论中的观点。通奸也不例外。可是，考察通奸发生之后的一系列情况，很容易发现，有些惩罚措施是对丈夫自由的非法侵害。

外部性

上文与契约法进行了类比，集中讨论了丈夫与妻子的情况。而通奸具有溢出效应——经济学上称为“外部性”。对第三者来说，通奸具有正的外部性。而对其他人来说，通奸是有害的。父母和子女厌恶通

---

〔5〕 参见 Cohen (1987) and Dnes (1998)。本文中的模型也可以进行修改，将不可阻止的通奸加入其中。如果真的有人无法阻止自己发生通奸行为，即使他明知自己会被抓住或者会被判死刑——我对此深表怀疑，但是有的人相信存在这种人——这可以合并到本文的模型中，作为通奸必然发生的一种情况，而与丈夫的选择无关。此时，模型不会有太大变化。

〔6〕 正如 Lillian Bevier 所指出的，即使在法律缺位时，建立在对违约行为进行报复的互相威胁基础之上的长期关系也能够维持，对这一问题，我在 1994 年的作品的第五章中有所论及。但是，这要求双方有足够的将来利益，共同的违约弱点，这也是法院的功能之所在。共同威胁的存在可能会减少冒犯的行为，例如比较常见的语言粗俗的现象，说话之人可以从单方面的冒犯行为中获益，但却不值得冒以后遭到报复之危险。这一作用与断言伤害有关的判决成本一起使法院一直置身于家庭中的轻微争吵之外。

奸,其他伴侣会因为知道别人通有外遇而对自己的婚姻没有信心,许多人对周围的通奸行为深恶痛绝是由于宗教、自然法以及道德上的原因。通奸对外界的作用就像污染、种族歧视、环境破坏和大兴土木一样。通奸法类似于土地使用法。生活在一个社区的人们应该关心邻
73 居的行为,它调整这一理念之下人们的行为。正如土地使用法的因地制宜,通奸法也应该根据不同的情况有所变化。

根据这一模型,如果夫妻以及第三者的总收益低于妻子和其他人的总成本,通奸就是无效率的。如果切实可行的话,妻子和其他人将会愿意支付足以阻止通奸发生的数额给丈夫和第三者。但是,交易成本和组织成本的存在使这一方案无法实施,因此通奸仍旧发生。如果交易成本为零,各方可以通过交易达到都满意的结果,法律也可以通过这一途径阻止通奸,增加社会盈余。

人们常常反对将其他人的反应纳入成本—效益的分析之中,所以,这里有必要进行澄清。经济上有效率、财富最大化以及帕累托最优都以已知人们的喜好为前提,而无须分析家判断他们的内心真正的想法。如果消费者说他们喜欢巧克力,巧克力中性的分析家就不会说禁止巧克力对这些消费者没有害处。假设丈夫和第三者分别支付 5 万美元和 4 万美元购买通奸的权利,而妻子支付 6 万美元,100 个外人每人支付 1000 美元,以阻止通奸。那么,通奸就是无效率的,而没有必要探究那 100 个外人是否真的由于通奸行为受到伤害,也没有必要讨论外部性是否真的存在。如果人们愿意花费 1000 美元阻止一种行为,说明这种行为对他们造成伤害,经济学家不问其中的动机。[7] 例如,外人的目的是基于宗教

---

〔7〕 此处同样存在着未被发现的不当行为的伤害问题。如果丈夫有不忠行为,妻子发现了,但公众不知道,那么公众受到伤害了吗? 如果没有,那么应该禁止妻子将其丈夫的通奸行为公之于众。在虐待动物的问题上,也存在同样的情况:如果惟一的伤害来自于亲眼目睹动物受虐待时的伤心,那么符合逻辑的解决方式应该是立法禁止虐待动物,同时对任何使虐待动物为公众所知的人进行处罚。从上述两个事例中,可以看出,人们厌恶知道发生在身边的某些行为,即使他们没有注意到这些行为,他们只是靠人类的本性以及法律惩罚的缺位进行推理。

原因还是物质原因，与丈夫和妻子的反应背后的动机一样，无关紧要。[8]

传统的观念认为人们应该关心社会道德。而现代的普遍观念是人们不应该这样做，即人们不应该干涉他人的私生活。[9] 本文 74
采取中立的立场，遵循经济学家通用的个人喜好已知的前提。当然，人们对通奸的担心程度是一个重要的问题，这可以从人们对居住地、朋友、配偶的选择以及对通奸法和税收政策互投赞成票上反映出来。

三、惩罚措施

惩罚措施的特点

效率要求对通奸行为予以一定的惩罚。让我们来考察各种可能的惩罚手段。首先要做出许多选择。

·谁启动惩罚　某些人有权做出决定，启动正式的程序。在侵

---

〔8〕 当然，经济学方法遭到反功利主义的批评，因为经济学方法中，人们的有些愿望是违法的。这意味着，如果有足够多的虐待狂，那么虐待行为就是对社会有益的。但是，批评经济学方法的人负有举证责任。在此处，那些说应该忽略丈夫的通奸收益和妻子与他人的损失的人负有举证责任。忽略两者中任何一方面都需要从宗教或哲学的角度，而不是从法律的经济分析角度加以考虑。对此更深入的探讨，详见 Rasmusen(1997)。

〔9〕 John Stuart Mill 是这一观点的忠实拥护者，他在著作 *On Liberty*（Mill, 1859)中主要论证了这一观点。他表明，他反对对某些行为的惩罚，甚至这些行为是社会一致反对的或现代法律对其进行惩罚的。与此一致，这一观点的支持者希望通过自助手段解决问题，并且，如果行为动机不良，即使原本合法的行为也应该定性为违法行为。例如，在美国，房东不允许因为房客的种族而拒绝向其出租房屋，尽管他可以以任何其他理由拒绝出租。回到通奸的问题上，如果妻子试图以过去普遍认为合法的方式——离开丈夫，拒绝在家庭经济或法律事务上的合作，等等——惩罚丈夫，那么，将性行为界定为个人隐私的制度应该处罚妻子。

权诉讼中,有原告;在刑事诉讼中,有大陪审团或检察官。

·惩罚的方式是罚款,还是刑罚 惩罚的方式可能是金钱的移转,不涉及固定资产;也可能是对丈夫实行监禁,在使丈夫受到惩罚的同时却没有人得到等量的收益。

·谁得到罚款 谁对资源的破坏进行赔偿?如果支付罚款,会有人得到罚款,从中受益。如果惩罚破坏了其他资源,有人必须对这一资源的破坏进行赔偿,承担一定的成本。

·惩罚措施在行为发生之前还是之后确定 惩罚措施可以事前,在损害发生之前确定,也可以在事后,衡量了损害赔偿大小之后确定。这就是契约法中的已清算损害赔偿与补偿性损害赔偿的区别,也是刑法中固定刑期与自由裁量刑期之间的区别。事前确定惩罚有助于丈夫做出更明智的决定,而且执行成本低,但是,在具体的案例中,实际损害与规定的赔偿之间可能相差甚远。〔10〕

75

·妻子可以让渡权利,放弃对丈夫的惩罚吗 可能妻子可以停止对丈夫的惩罚或事先同意不对丈夫进行惩罚。如果是妻子启动惩罚程序,她当然可以通过不作为停止惩罚。但是,如果妻子可以通过制定有法律约束力的协议,放弃对丈夫的惩罚,以换取丈夫的让步,情况则不一样。此外,即使妻子没有能力启动惩罚程序,她也有可能停止对丈夫的惩罚,例如,赋予妻子以否决刑事起诉的权利。

·谁应该被惩罚:丈夫,第三者,还是全部 可以对任何一方或通奸的两个人都进行惩罚。

一部通奸法可以说是这些特点的集合。因为一共有 6 个特

---

〔10〕 此处,事前与事后的区别类似于 Robert Cooter 所说的"价格"与"制裁"之间的区别,即缺少道德评价、随行为变化而变化的惩罚措施与固定的、当道德不允许时即予以中断的惩罚措施之间的区别。Cooter (1984)认为,当法律制定者知道一定行为违法,但无法比较容易地衡量出实际损害时,应该适用制裁的方式,而通奸正是这种行为。

点，而每个特点至少有两种选择，所以，至少会有 48 种法律。这儿，我们仅讨论三种有代表性的法律：民事损害赔偿、刑事处罚和自助行为。

民事损害赔偿

在这一制度下，由妻子启动罚款惩罚程序，罚款付给妻子，并根据实际损害的情况有所变化。妻子也可以让渡她启动惩罚程序的权利，并使第三者受到惩罚。

当一个人给另一个人造成损害时，侵权法和契约法会提供救济，进行赔偿。这似乎也适用于通奸：丈夫违背了与妻子达成的协议，第三者与他同谋，并且她的行为伤害了妻子。这种情况已经具备了违约的要素，并且具有侵权的性质，而且大多数是故意侵权。在此模型中，侵权的一种责任方式是由第三者对妻子的损害进行赔偿。现在，假设丈夫和第三者能够就共同进行赔偿和承担通奸的其他成本达成协议，并且此时不考虑妻子让渡诉权的可能。那么，妻子对丈夫的监视可能比没有侵权赔偿时少或者多。如果即使妻子付诸努力，发现实情的可能性也不大，那么，妻子进行监视的主要原因是增加丈夫寻找第三者的成本，使其成本足够高以阻止通奸的发生，但是，如果妻子得到足够的补偿，就不存在这一原因。另一方面，如果通奸真的发生了，而且妻子发现了，她可以得到损害赔偿。在上述任何一种情况下，妻子对婚姻投资的可能性都很大，因为第三者的责任减少了通奸发生时妻子的投资损失。 76

民事诉讼的一个优点在于，如果妻子可以通过达成协议让渡诉权或者通过在通奸发生之前放弃权利的方式让渡诉权，那么，如果丈夫和第三者的通奸收益大于妻子的损失，他们可以进行交易。妻子可能出售诉权，各方可以节省监视或隐瞒通奸事实的成本。可是，如果通奸对其他人普遍具有外部性，上述情况就有缺欠，因为其他人不是交易的当事人；在前面的例子中，丈夫和第三者愿意

向妻子支付 61,000 美元,以得到她的允许,但是,却没有对外人 100,000 美元的损失进行补偿。

一个关键的实际的缺欠在于被告可能逃避责任。如果第三者无力支付损害赔偿,妻子的诉权无用武之地。因为许多人,可能是大多数人,无力支付造成婚姻破裂的巨额赔偿,甚至无力支付妻子雇用律师的成本,所以,民事案件可能通过有效的惩罚手段解决而不一定诉诸法院。这也是民事损害赔偿和罚款不用于各种各样的我们称为犯罪的不当行为的经济学原因(参见 Posner,1998,section7.2)。通奸中的一个特殊问题是丈夫和妻子在经济上可能是互相依赖的。这样,即使第三者支付全部损害赔偿,这一责任方式在阻止通奸这一问题上效果不会明显,因为丈夫作为家庭的一员,将得到全部赔偿的一半。或者如果丈夫帮助第三者支付损害赔偿,实际上是家庭自己赔偿自己。

民事诉讼的另一个普遍缺点在于存在确定损害大小的成本。如果原告将判决赔偿的 1/3 用于支付律师费,被告也支付相同数额,并且律师市场竞争激烈,那么,确定责任和衡量损害大小的成本大约是全部损害金额的 2/3。同时,对于通奸这种无法用金钱衡量损害的行为,确定损害大小尤为困难;对于通奸,责任的证明比典型的侵权和契约诉讼相对简单,但是损害的证明要困难得多。当然,民事赔偿数额也可以是固定的,就像对一个职业女性的特定工伤进行补偿。但由此可能带来另一个问题,因为法院已经确定了固定的损害赔偿数额,所以即使实际的损害很小,原告也会起诉(参见 Rasmusen,1995)。

民事赔偿作为一种救济方式,最常用于商法中的合伙关系,这一关系与婚姻最为接近。正如列弗摩尔(1995)运用卡拉布雷斯和梅拉姆德(1972)创建的财产/责任框架所指出的,普通法对合伙纠纷的救济已经成为合伙解散的导火线,随之而来的是对先前错误救济行为的民事诉讼。他指出,合伙解散条件的宽松首先成为一
77 个障碍,然后又把这个障碍带到合伙法中,使合伙解散引发的诉讼增加。但是,在婚姻法中,离婚的条件比较严格,所以以后诉讼

的可能性就很小。他还指出，如果在合伙关系中，违反信托义务的情节比较严重，也可以适用刑事处罚。

刑事处罚

在这一法律制度下，国家通过刑罚的形式启动惩罚程序，并由国家负担成本。刑罚是固定的，与损害大小无关。妻子可以阻止惩罚，也可以放弃此项权利，而丈夫和第三者都将受到惩罚。

刑罚用于惩罚各种故意伤害行为。民事诉讼中的惩罚性损害赔偿也具有相同的目的，只是惩罚性损害赔偿的数额不是事先确定的，而是由受害者启动赔偿程序，得到收益。刑罚常用于诸如强奸、抢劫这类严重的、受害者承担极高精神成本的行为，即使这一行为带来的金钱成本很小。这表明刑事手段也可以适用于通奸。

刑法对通奸可能采取的一种形式是，依据妻子的投诉，由地方检察官裁定提起公诉，由法院判决五年监禁。如果监禁时间足够长，即使妻子不对丈夫进行监视，并且第三者愿意在自己的通奸受益范围内补偿他，他也不会通奸。这达到了一种有效率的结果：妻子可以安心对婚姻进行投资，而且妻子和丈夫也不会再为监视或隐瞒等行为负担交易成本。

如果从三者的角度来看，通奸是有效率的，那么，权利的可让与性至关重要。如果刑罚的力度足够大，那么，即使通奸是有效率的，它也不会发生，除非妻子否决起诉的权利是可让渡的。如果该项权利可以让渡，那么，即使法定刑罚极为严厉，也不会产生有害结果。该刑罚不会真正得以运用，因为妻子会进行否决以换取补偿，该刑罚只是妻子和丈夫进行交易的条件。[11]

---

〔11〕 这可能也是通奸法很流行，但通奸诉讼并不普遍的原因。可能只有在受害方将法律作为威胁不忠实的配偶的手段，以使其让步时，通奸法才显示出其重要性。在这种意义上，法律的惩罚措施无须真正运用。

但权利的可让与性确实有两个缺点。首先,如果通奸对公众具有外部性,但是,当妻子接受了丈夫和第三者的补偿以容忍通奸时,这种外部性被妻子忽略了。在刑法领域中,常会出现这种问
78 题。受害者更倾向于放纵罪犯对他人的犯罪,而不是放弃与他达成让步。例如,雇主更倾向于让雇员归还所挪用的款项,而不是阻止他对将来的雇主的犯罪。权利可让与性的第二个缺点在于它阻止了事先承诺行为。由于公众耻笑或丈夫收入能力降低,刑罚可能会使妻子和丈夫同时承担较大的成本。因而,妻子会否决起诉,因为它对家庭有害。实际上,不允许妻子否决起诉对她更为有利,因为这会对丈夫造成真正的受惩罚的威胁,从而阻止其通奸。这种矛盾并不仅仅是理论上的,在家庭暴力问题上,现在普遍实行的"零度容忍"政策就反映了这一现象。[12] 在许多地方,如果丈夫殴打妻子时,妻子报警求救,并且警察认定丈夫确实殴打了妻子,那么,即使妻子反对,刑事诉讼程序也会启动。

由美国法律研究院 ALI 1962 年提议的示范刑法典,对美国各州的刑法典有较大的影响,它就没有将通奸刑事化,因为"私人的不道德行为超越了刑法的范围"(第二部分,第 213 条,"关于通奸和乱伦")。美国法律研究院认为通奸法很少被执行,执行成本也很高,而且一种行为不能"仅仅因为人们普遍认为它不道德",就被定性为违法。尽管美国法律研究院认识到公众很支持通奸法,通奸行为也具有危害性,但他们认为这些并不重要。

可以说,刑罚的不执行是一个麻烦的问题。许多犯罪确实存在,但很少得到追究。关于非法购买枪支进行暴力犯罪问题的"布拉迪法案"就是一个臭名昭著的例子。这实际上比通奸更容易起诉,因为政府手中持有暴力犯罪的书面证据。但在这一法案存在的两年中,政府宣称发现犯罪 186,000 起,而其中,进行公诉的仅

---

〔12〕 Rorie Sherman, "Domestic Abuse Bills Gain Momentum in Legislatures", *National Law Journal*, 4 July 1994, p. A9.

有7起，大约只占总数的1/20,000。[13] 即使一些毫无争议的犯罪，诸如盗窃，也很少受到起诉。1994年，美国大约只有1.4%的盗窃案被宣告成立，只有0.8%的案犯被监禁。[14] 当然，一些国家对通奸的“零公诉率”和《布拉迪法案》中的暴力犯罪的0.005%的公诉率之间有质的区别，但是还不清楚为什么这种区别有着重大的影响。我个人认为，美国法律研究院的真正问题在于它的成 79
员不认为通奸是不道德的，因为他们没有提供区分通奸和其他犯罪的理由。在有关反对虐待动物的法律中也存在同样的问题(Beirne,1999)，标准刑法典在250.11中提到“禁止对公众敏感性进行侵犯”。美国法律研究院显然没有考虑到前文中所说的外部性，仍保留着20世纪50年代的观点，认为补偿是野蛮的，违法的。

自助行为

在这一制度下，妻子启动惩罚程序，惩罚方式是实际的惩罚，由妻子承担成本，并且具体的惩罚力度有所变化。妻子可以让渡启动惩罚程序的权利，她也可以对丈夫和第三者都进行惩罚。

“自助”是指允许私人采取国家通常禁止的行为。[15] 通常来

---

〔13〕 关于在17个月中的7次公诉，详见“Implementation of the Brady Handgun Violence Prevention Act”以及1996年1月向美国司法委员会，美国参议院，美国众议院呈交的GAO/GGO—96—22枪支控制报告。关于在头28个月中的186,000起犯罪，详见Ron Scherer发表于1997年2月27日Christian Science Monitor一书中的“帝国大厦枪击案件后的枪支控制法案”。

〔14〕 Langan and Farrington (1998, pp. 19 and 29). 在英格兰，0.6%盗窃案被宣告成立，0.2%的案犯被监禁。

〔15〕 更狭义的自助行为是指允许私人立即采取的行为，如果不采取该行为，将进入法定程序。例如，在法院的执行令送达以前，扣押汽车作为担保。此处，我用这一术语是指采取一定的行动，当然排除在特定情况下的违法行为。

说,一个人不可以拿走另一个人的家具并将它卖掉,但是,债权人可以这样做。在通奸这一问题中,“自助”是指允许妻子通过一些通常违法的行为对丈夫进行惩罚,这些行为包括浪费财产,带着孩子离开,拒绝在经济上支持丈夫,对丈夫施以暴力,甚至是谋杀。法律可以通过制定法或判例法正式授予妻子这一权利,也可以通过不起诉或陪审团宣告被告人无罪的形式确定妻子的权利。但是,如果有证据表明妻子事前已经同意丈夫通奸,而她的行为超越了防卫的界限,作为通常的被告被起诉时,妻子的这项权利是可以让与的。

自助行为结合了侵权法和刑法的特色。与侵权法类似,惩罚程序由受害方启动,惩罚的力度是可变的。由刑法类似,是对实际成本的惩罚。自助可以被看成是私人化的刑法。由妻子,而不是国家,启动处罚程序,承担成本,而且允许妻子使用暴力,而通常来说,暴力是由国家“垄断”的。

自助也有其优点和缺点。它的优点在于交易成本较低。尽管它没有完全排除政府的成本,因为政府仍需自助行为是否合法,但是,很显然,它避免了律师和法院的成本,并且无须政府确定损害的具体数额,就可以达到惩罚力度变化的目的。此外,如果惩罚力度加大,丈夫承担的成本增加,而且严厉的惩罚使妻子更加满足,
80 那么,在损害较大的情况下,妻子会选择更加严厉的惩罚。如果妻子并不介意丈夫有外遇,她甚至不会批评丈夫;而对此事十分介意的妻子甚至会杀了丈夫。这与民事损害赔偿形成对比,民事损害赔偿中,即使对丈夫通奸并不介意的妻子为了得到损害赔偿也会假装受到伤害。

自助方式也有其缺点。如果人们在配偶是否有外遇的问题上经常犯错误,比法院犯的错误还要多,那么,自助行为将远远超过合适的限度。它将犯错误的成本和进行惩罚的成本加于受害者,而受害者可能根本没有做好承担这些成本的准备。由中立的委员会,例如著名的义务委员会,而不是受害者来实施自助行为,可能效果会更好。但这掩盖了刑罚的作用,那么,法院还能干什么呢?

在任何情况下，自助不像民事损害赔偿，它都会有实际成本。与民事诉讼和被让渡的刑罚一样，自助行为也没有考虑通奸对公众的外部性。

自助行为与上述两种方式还有另一个联系：自助可以促进向受害者提供民事和刑事法律救济。如果不提供这两种救济，受害者可能决定自行对不忠实的配偶进行惩罚，即使其方式是违法的，这就存在错误的可能性，从而导致国家要承担惩罚有错误的受害者的成本。史密斯(1998)就在其著作中指出，正是基于上述考虑，受害者的一些报复行为，诸如敲诈信被确定为违法，许多刑法也持有相同的观点。实际上，这也是 1916 年，津巴布韦本地人通过刑法以反对通奸的原因。这一刑法被英国政府废除，并且没有制定替代的法律(尽管在当地法院，民事损害赔偿仍旧适用)(Mittlebeeler, 1976, pp. 122—34, 183)。当然，这一观点仰仗于一种文化中荣誉和暴力的水平。

四、实践中的通奸法

波斯纳(1999, chapter 2)和爱泼斯坦(1999)已经指出，未反映真实案例和实际法律的法律理论是危险的。本文的这一部分就是回应这一警告。正如人们所期待的，效率呼唤法律，从“你不可以通奸”的时代到今天，不同的国家，不同的时期，都通过法律手段对通奸进行制裁。[16] 描述任何特定时期特定地区的法律都很困难，因为它们中的许多都是不成文的，而是由检察官的自由裁量权、陪

〔16〕 该戒律出自于《出埃及》20:14：“你不可以通奸”，《利未记》20:10 中对此进行了详细的规定：“一个男人与另一个男人的妻子通奸，即使他与邻居的妻子通奸，奸夫和淫妇也一定要被处死。”如果死刑可以被代替，那么，在以色列，损害赔偿可能会导致死刑的极少被运用。关于现代美国各州以及联邦调整通奸的法律，详见 Posner 和 Silbaugh(1996)。还可参见 Haggard(1999)and Weinstein(1986)。

81 审团的态度以及可容忍的自助行为的程度加以具体化。从公开的案例中常常并不能看到以后实际会发生什么。受害者和通奸者的羞耻感使他们倾向于私下里解决问题。当然,最简单的方式是挑选一个地区,考察它的法律符合上述哪种理论框架。此处,我将以我所在的印第安纳州的法律为例,不是因为印第安纳州的法律或美国的法律或20世纪90年代的法律对法律学习最为重要,而仅仅是因为我对它最为熟悉,它并不是现代美国法的代表。

民事损害赔偿

英国普通法对通奸的救济方式是对损害提起民事诉讼。布莱克斯通(1765)在文中写道:

> 与一个男人的妻子通奸,即使法律规定由精神法院进行告诫,它也是一种公共罪行。将通奸作为一种民事损害(当然,该损害很严重),法律通过暴力对通奸者的非法行为予以惩罚,补偿受害者,通常确定的损害数额很大,具有惩戒性。但是根据具体的情况,损害赔偿额会增加或减少,这些具体情况包括原告和被告的财产状况,原告与被告之间关系或联系,通奸的男女谁主动进行诱惑,他们以前的品行以及他们抚养子女的义务,在后者上,他极有可能说谎。[17]

---

〔17〕 详见 Blackstone's《释义》系列,第3卷,第8章。在第4卷,第34章中,他论述了刑法中的通奸。Blackstone有时进行了误导,因为精神法院的警戒是至关重要的。在1640年,精神法院的权限受到限制之前,这些法院一直积极地对通奸提起诉讼,对通奸者进行巨额罚款或监禁(Stephen,1883,volume 2,chapter 25)。尽管英国最近已经拒绝将通奸定性为犯罪,但是,Macauly的印第安纳刑法典将通奸作为一种主要犯罪,并且只有在女方丈夫的要求下才可以提起公诉,这是引人注目的。Macauly可能是一个功利主义者,他认识到这一问题的外部性;此外,他的法典的298节将故意侮辱某人的宗教定性为犯罪(Stephen,1883,volume 3,chapter 33)。

普通法规定了两个不同的起诉通奸的条件:“离间夫妻感情”和“通奸”。《侵权法重述》(1977),这一美国法律研究院对普通法进行总结的重要成果之一,对这两种起诉做了如下描述:

> §683　**离间夫妻感情**　故意离间夫妻一方对另一方的感情者,应该对由此引起的另一方的法律所保护的婚姻利益的损害承担责任。
>
> §685　**与有配偶者通奸**　与有配偶者发生性关系者,应该对由此引起的另一方的法律所保护的婚姻利益的损害承担责任。　82

这两种诉讼的要素是不同的。离间夫妻感情的过错在于离间者可以预见自己的行为对夫妻关系的破坏,当然,这要求外人介入以前,婚姻没有破裂。[18] 当然,离间行为并不一定要求是通奸,甚至岳母的干涉行为也可能是离间夫妻感情的行为。[19] 而通奸则接近于严格责任。第三者必须故意与有配偶者发生性行为,从这一角度来说,它是故意侵权行为,但是,即使他不知道对方已经结婚,他也负有责任。[20] 单独行为足已(尽管损害可能较小),但生

---

〔18〕 文中对§683的注释:“不仅要求离间者通过其行为使配偶一方对另一方的感情减少,而且要求离间者的行为正是为了达到这一目的。”

〔19〕 类似的案例,见 Beem v. Beem 案,193 Ind. 481 (1923)。这一案件也说明,责任的承担还要求当事人具有恶意。印第安纳最高法院支持下列陪审团意见,但审判法官反对这一意见(§489)。此意见为:“要区分他们(被起诉的父母)是恶意地批评原告,还是善意的,没有恶意的,为了原告的利益而说他。如果是后者,判决应该支持被告。”但对通奸的第三方,则不像对岳母那样,对她破坏婚姻的动机无须区分恶意和善意。

〔20〕 文中对§685的注释:“尽管根据§683的规定,直到一个人已婚是承担离间夫妻感情责任的基本条件,但在本条款中,这一责任的承担无须以直到某人已婚为条件。一个人与另一个人发生性关系时,已经承担着此人已婚的风险。对方在自己的婚姻状况问题上没有如实告知并不能成为辩护理由。”

理行为是必需的。

印第安纳州于 1935 年废除了这两种诉讼。在 20 世纪 30 年代，美国几个州“通过一个法案，废除对违反婚姻承诺和离间夫妻感情进行民事诉讼的理由，以提高公众道德水平”。印第安纳州是这几个州中最早付诸行动的一个。[21] 1937 年，一场诉讼认为废除离间夫妻感情是违宪的，因为印第安纳州宪法的第 1 条第 12 款说道：“任何人的人身、财产或名誉受到损害，应该通过法律的正当程序进行救济。”因此，该法案于当年被审查。而印第安纳州最高法院认为，在通奸中，不存在人身、财产或名誉被损害的情况，而且婚姻不是契约或财产关系，而是在国家调整之下的身份关
83 系。[22]

离间夫妻感情不是典型的侵权形式，这是美国侵权责任普遍增加的趋势的一个例外。[23] 奇怪的是，对干涉契约提起的侵权诉讼却很活跃（参见 Landes and Posner，1980；Bevier，1990；McChesney，1999）。在《重述》中写道：

---

〔21〕 引自 Pennington v. Stewart，212 Ind. 553；554 (1937)。Nolan (1951) 在其书中提到，19 世纪的印第安纳州是一个离婚工厂，纽约有许多人到那儿就为了能够轻易地离婚。1999 年，印第安纳法典 § 34—12—2—1a 仍旧明确地废除了上述两种诉讼以及违反承诺和勾引。

〔22〕 详见 Pennington v. Stewart，212Ind. 553(1937)。在美国法院，婚姻不是契约的观点甚为普遍。最近的案例是 In re the Marriage of Franks，189 Colo499(1975，全院审理)，该案不同意那种认为法院裁定现存婚姻契约无效的做法违反了州宪法中的契约条款的观点。彭宁顿法院的确裁定了 1935 年法案的一个条款违反州宪法，该条款规定，如果原告试图对离间夫妻感情提起诉讼，她将被判一到五年的监禁。

〔23〕 像印第安纳州一样，许多州在 20 世纪 30 年代也废除了离间夫妻感情这一理由，此问题在随后的法律评论中得到积极的讨论(Weinstein，1986，p. 220)。英格兰通过 Stat. 20&21 Vict. Ch. 85，sched. 59(1857)废除了“通奸”，通过 1970 年法律改革法案 sched. 5 废除了“诱惑”。在两个州，侵权诉讼极为活跃，即伊利诺伊州和北卡罗来纳州。Carol Sauder，“Alienated-affections Case Ends in $ 11，667 verdict”，Chicago Daily Law Bulletin，28 July 1997，p. 3；Personal Negligence：Alienation of Affection 90，001 Verdict：Emotional Distress，”Personal Injury Verdict Reviews，7，22(24 November 1999)。

§766　故意干涉第三人履行契约

任何人故意或不适当地干涉他人和第三人之间的契约(婚姻契约除外)的履行,诱使或导致第三人不履行契约,应该对由于第三人未履行契约给对方造成的金钱上的损失负责。

下面讨论一下婚姻这个例外。在许多法律中,对婚姻契约的保护远没有对商业契约的保护完善。在商业契约中,他人不当地干涉会产生侵权责任,对待婚前契约是否应当像对待商业契约一样,这是个值得探讨的问题。据我所知,还没有法院对这一问题进行审查。当人们以普通的侵权的法定理由,诸如诈欺或有意加以精神侵害,起诉配偶时,他们已经败诉了,依据法院的说法,这是因为通奸等不再是侵权理由,一些原本侵权的行为现在已经合法化。[24] 因此,在一些州,法律规定,一些原来是侵权的行为,如果有证据表明它与通奸有关,当事人可以被免除责任。奇怪的是,女权主义者尽管很注重分配效应,但他们也支持这一观点。琳达·赫希曼和简·拉森已经提议应该在离婚协议和侵权中重塑通奸。拉森做出如下评论:

> 我很奇怪,商业关系中对诚信和公平交易的要求比在人身关系中的要求更高……对婚姻关系中进退两难的局面的一种反应便是沉默,并且对那些放弃向拥有特权或权力一方要求独立和流动性的个体,降低其价值。根据两性之间的爱情和性关系的历史,在我们的社会中,男性更倾向于寻求性自由,而女性则更依赖于夫妻关系。 84

---

〔24〕 Doe v. Doe, Court of Appeals of Maryland, Sept 1998, No. 99 (2000), http://pub.bna.com/fl/99a98.htm; Weicker v. Weicker, 22 N.Y.2d 8 (1968); Koestler v. Pollard, 162 Wis.2d 797 (1991); Speer v. Dealy, 242 Neb.542 (1993). 在配偶可以由于某些特定原因起诉配偶的规定出台之前,普通法关于配偶之间起诉豁免的规定已经废除。

刑罚

1976 年之前，在印第安纳州，通奸一直是一种犯罪，正如现在在美国的许多州，它仍是一种犯罪一样，但是，1976 年，印第安纳的这一法律被废除了。[25] 早期的法律本身并没有将通奸刑事化。而是“这里，法律所禁止的行为包括（尽管有时关于‘通奸’和‘乱伦’所指不准确）以通奸或乱伦的状态与他人同居……法律如此设计并不是对违反第 7 条戒律的惩罚，惩罚那些没有通过合法婚姻，却以夫妻名义同居的行为”（Warner v. State, 202 Ind. 479, 483 [1931]）。有时或者经常，通奸行为本身并不是犯罪，而“同居”则是犯罪成立的一个基本条件。

这表明将通奸定性为犯罪主要不是由受到伤害的配偶（在 1935 年之前，他可以通过民事损害赔偿和过错离婚寻求救济）引发的，而是由公众引发的。这种不道德行为的负面结果是否直接侵犯了公众感情或造成道德沦丧还不得而知，但可以确定的是，对配偶的损害并不是主要考虑的因素。如果到 1976 年，印第安纳的公众感情发生变化，那么，可能早期的刑法是有效率的，改革之后

---

〔25〕 印第安纳法典“§ §35—1—82—1—35—1—82—3.［已废除］（编者注）。这一章是关于乱伦、同居和勾引问题，它已经被 1976 年法案，P.L.148，§24 废除”。奇怪的是，印第安纳法典 §34—15—5—1，关于诽谤的条款说道：“乱伦、同性恋、通奸、卖淫行为与诽谤一样具有可诉性。”Haggard (1999)在其著作的脚注 4 中引用了 1998 年，美国 24 个州反对通奸的法律。在纽约、弗吉尼亚、北达科他以及犹他州，法律规定只有已婚的通奸者应该承担责任（Haggard, 1999, p. 474）。在明尼苏达州和北达科他州，受到伤害的配偶有权阻止起诉［Minn. Stat. Ann. 609.36; N.D. Cent. Code 12.1—20—09 (1997)］。在美国军队中，通奸仍旧经常被起诉。详见 United States v. Green, 39 M.J.606 (A.C.M.R. 1994)。在白人一奴隶交易法案，ch.395，36 Stat.825(1910)中也有关于通奸的规定，详见 Caminetti v. United States, 242.U.S.470(1916)以及 White v. United States, 261 F2d 907(1959,CA6Ky)。

的法律反而是没有效率的。[26]　85

自助行为

通奸为无辜的配偶提供了做出某种行为的理由，而这些行为在没有通奸存在的情况下通常是违法的，例如单方终止婚姻。从这种意义上来说，通奸作为一种离婚理由，带来了类似于自助的惩罚方式。严格意义上，单方终止婚姻的离婚方式并不是自助行为，因为它仍需诉诸法院。无辜的配偶不能简单地以未婚的身份行事（例如，与另一个人结婚），当后来被起诉或控告时，又以配偶当时通奸为自己的行为辩护。严格意义上的自助行为实是指在没有法院帮助的情况下，进行惩罚，但是如果该惩罚是违法的，除非存在通奸时，该惩罚必须得到法院的默许。最极端的情况是通奸是杀死某人的正当理由。[27] 印第安纳州从来没有正式地允许

---

〔26〕 另一个独立的问题是反对通奸的刑法（或其他法律）是否在某种程度上违反了州或联邦宪法。在联邦这一层次，各种观点一致认为刑法中规定通奸是合乎宪法的，但是，没有人知道最高法院将来会怎么做。在 *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497,546,552 (1961)，法官认为："禁止通奸、乱伦和同性恋的法律……反映了社会生活的本质要求，有关这一问题的任何宪法条款也应该建立在这一基础之上……我不会建议免除对通奸、同性恋、乱伦的刑事调查，不管当事人做出这些行为时如何私密。" 在 Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479,498(1965)，法官阐述道："康涅狄格州确实存在禁止通奸和乱伦的制定法，其合宪性不容置疑。"在 Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 208(1986)："一个州可能会将契约承诺适用于包括忠诚的承诺在内的婚姻利益，进而惩罚违反婚姻契约的个体。"

〔27〕 20 世纪 70 年代之前，得克萨斯州、犹他州、新墨西哥州和佐治亚州都将通奸作为在发现通奸的当时杀死通奸者的正当理由，其中，佐治亚州是通过司法解释确定这一规定的，而其他州是通过制定法确定的（Weinstein, 1986, p. 232）。我听说格老秀斯说到民法时也提到相同的观点，但我没有找到相关的参考文献。有意思的是，得克萨斯州的法律不允许以宫刑代替谋杀：Sensobaugh v. State, 92 Tex. Crim. 417 (1922)。佐治亚州关于这一问题的第一个案例根据陪审团的否弃权和普通法，总结出一个有趣的观点："美国的陪审团是否曾经因为一个丈夫或父亲杀死勾引自己妻子或女儿的人而宣告其有罪？基于法律的这种规定，陪审团可能会怀疑被告为了得到这样的无罪判决而作伪证，这种怀疑是否正确？从理性和正义的角度来说，杀死破坏家庭和平的人与惩罚破坏居所和家庭财产的人，在自然法上，是否同样具有正当理由？陪审团是否有权对此做出决定？"详见 Biggs v. State, 29 Ga. 723,728 (1860)。

这一形式,尽管陪审团是否会宣告受伤害的配偶的谋杀行为有罪还不确定。如果他们勉强宣告被告有罪,这个案例就有可能成为众所周知的判例,它在不同时期不同文化中的普遍性可能导致人们对成文法的怀疑。[28] 如果检察官不提起公诉,陪审团不宣告有罪,那么,会引起人们对成文法的相关性的怀疑。但是,从印第安纳的判决来看,陪审团意见总是倾向于宣告被告有罪,正如判例法所表现出来的一样。通奸的存在可以使对被告行为的定性由谋杀降低到非恶意杀人,但是却不能将杀人的事实全部抹掉,而且,杀人行为必须是在发现通奸后立即实施的,这才能降低罪行的等级。

一个人与另一个人的妻子发生性关系这一事实并不能成为剥夺人的生命的正当理由。单独的证明这一事实的证据也
86 不能成为有罪杀人诉讼中的辩护理由。在特定的案件中,它能起到的最大作用就是将犯罪等级从谋杀降低到非恶意杀人。如果一个男人发现另一个男人与自己的妻子发生性关系,一怒之下杀死这个男人,他的行为只能被定性为非恶意杀人(施若利诉印第安纳州政府案,153 Ind. 375;378[1899])。

实际上,对此最合理的解释并不是说由于凶手是进行自助,印第安纳州要降低他的服刑年限,而是因为在发现通奸时,凶手所表现出来的情绪是很典型的,此时,再去争论他当时的精神状态是否

---

〔28〕 有三个臭名昭著的案例:(1)1952 年,Yvonne Chevallier 在作为内阁部长和奥尔良市市长的丈夫拒绝和情妇断绝关系之后,开枪杀死了丈夫,随后,她被宣告无罪(Stanley Karnow, Paris in the Fifties, New York: Random House, 1997, pp. 127—131);(2)Lorena Bobbitt 在伤害丈夫之后被宣告无罪(David Margolick, "Lorena Bobbitt Acquitted in Mutilation of Husband", New York Times, 22 January 1994, p. 1);(3)国会议员 Daniel Sickles 谋杀了妻子的情人,在经过 Edwin Stanton 律师以及美国司法部长和陆军大臣的辩护之后,他被宣告无罪(Daniel Rezneck, "It Didn't Start with O. J.; Like the Simpson Saga, the 1859 Murder Trial of Dan Sickles Gripped the Nation", Washington Post, 24 July 1994, p. C5)。

真的符合非恶意杀人而不是谋杀只是在浪费时间。

同样的，通奸通常不能成为进行故意伤害的正当理由，法院已经支持故意伤害行为的受害者得到合法的损害赔偿，包括惩罚性赔偿。这意味着即使检察官运用自由裁量权，不对做出故意伤害行为的配偶提起刑事诉讼，第三者也可以以自己的名义提起诉讼。而陪审团的意见则又是一个未知数。[29]

自助行为的形式通常不会像谋杀或故意伤害那么极端。一种形式可能是受伤害的配偶不履行婚姻义务。1933 年的印第安纳法律写道：

> 任何人如果遗弃妻子，除非妻子有通奸或其他恶意的或不道德的行为，使妻子没有合理的维生途径，无法维持生活或者任何人如果遗弃自己的子女，使他们全部或其中一个没有合理的维生途径，无法维持生活或因此控告这个州的任何一个郡县，那么，他应该被确定犯有重罪，并根据有罪宣告，判决在州的监狱服刑一年以上三年以下，并剥夺其公民权利三年，在三年内，禁止他担任有关信托或利润的公职。[30]

这一规定很有意思，不仅因为一个游手好闲的父亲没有资格

---

〔29〕 有两个案例可以表明事实情况。在 Hamilton v. Howard, 234 Ky 321 (1930)，原审法官认为，如果原告离间被告与妻子之间的感情，因而被告枪击原告腿部三枪，那么，被告对此不承担责任。但原告进行了上诉。上诉法院反对原审意见并进行了修改，但上诉法院指出，陪审团在确定惩罚性赔偿时，应该对被告当时所受的刺激进行考虑，而损害赔偿是本案的主要诉讼请求。在 Chykirda v. Yanush, 131 Conn 565 (1945)，被告对一个假想的离间者进行了殴打，原审法院判决被告向原告支付 72 美元的赔偿，陪审团称，这 72 美元包括补偿性和惩罚性的损害赔偿。原告不服，进行了上诉。上诉法院称原审陪审团在确定惩罚性损害赔偿时考虑了被告所受的刺激，这是合理的。

〔30〕 Crumley v. State, 204 Ind. 396; 399 (1933), citing "Section 2866 Burns 1926, Acts 1913, p. 956, ch. 358, § 1."

当选担任公职,而且因为他没有履行婚姻义务。一个男人可能不但会拒绝以妻子习惯的方式去扶养不忠的妻子,而且他可能会完全抛弃妻子和孩子,使他们不得不依靠公共救济生活。这是明显
87 的自助行为,但上文中提到了这一行为的一个困境:即使丈夫可以任意伤害不忠的妻子,他很可能发现这很痛苦。法律甚至允许丈夫做出使自己的子女陷入经济困境的行为,更不要说做出使妻子不高兴的行为,但是,这对惩罚者本身的伤害与对受惩罚者的伤害一样大——至少当他们是他的亲生子女时是这样。[31]

法律对通奸的很多问题无能为力,也很难将救济方式明确地区分为民事、刑事或自助行为,因为对通奸者的惩罚既不是由国家或受害者承担的成本,也不是财产的转移。我所能找到的当今在印第安纳的一个有效例子是:废除持续通奸者以及遗弃者对未立遗嘱的配偶的财产的任何诉讼请求。[32] 过去,也存在着法律无能为力的情况,尤其是在离婚问题上。在 1971 年,印第安纳州实施无过错离婚法以前,在离婚时分割夫妻共同财产时会考虑通奸的因素或者通奸可以成为离婚的理由。[33] 此外,根据早期判例法所编成的"不净之手"法典指出,当配偶一方通奸时,就不能以对方通

---

〔31〕 如果当时,在印第安纳,丈夫的父亲身份是由法律进行认定,那么,这一关于遗弃的法律则是为了现实目的而对法律认定规则做出修改。

〔32〕 印第安纳法典 § 29—1—2—14:"如果丈夫或妻子一直不忠,持续到配偶死亡,那么,它不能取得已故配偶的财产。"这在 20 世纪 90 年代初期的案例中有所反映:Oliver v. Estate of Oliver, 554 N.E.2d.8 (Ind. App. 1st ',1990) and Estate of Calcutt v. Calcutt, 6 N.E.2d. 1288 (Ind. App. 5th, 1991)。

〔33〕 详见 Clark v. Clark, 578 N.E.2d. 747 (Ind. App.4th, 1991)。根据当时的法律状况,"即使法院把律师费和诉讼费判给妻子,妻子也会争辩,因为法院没有考虑到丈夫已经和另一个女人离开,妻子本不想离婚,这一切只是丈夫的主意。妻子是错的。在离婚诉讼中,分割财产时,法院可能没有考虑这一因素"。在有些州,例如弗吉尼亚州,通奸仍然是影响离婚财产分配和扶养费的因素。参见 L.C.S. vs. S.A.S., 453 S.E. 2d 580 (Va.App.1995) and Va.Code Ann. pp. 20—107.2—3.

奸为理由起诉离婚。〔34〕

总之，印第安纳州的现行法几乎没有对通奸进行惩罚，但在过去，为了达到不同的目的，分别以不同的方式适用侵权法、刑法和自助行为。侵权法对通奸造成的财产损失具有补偿作用；自助行为防止了通奸者逃避责任；刑法防止了公开通奸对公众感情造成的侵犯。最重要的惩罚方式可能是在离婚时对通奸的惩罚，此时的惩罚与刑罚的相似之处在于惩罚不以损害为基础，与民事惩罚的相似之处在于它是主动对通奸者施以惩罚，并且以受害方的利益为出发点。 88

五、结语

婚姻中的效率，正如在合伙关系中一样，要求对通奸进行法律救济。民事损害赔偿、刑法和自助行为都各有优点和缺点。法律无须将救济方式局限为一种，传统上也没有这样做。哪一种法律制度是最佳的，这主要取决于一些经验主义的衡量标准，例如对公众感情的保护力度，对受害方的损害赔偿情况以及可用于支付判决的资产状况。当然，本文没有考虑效率以外的其他目的，但是即使对那些认为其他目的更重要的人来说，当财产被牺牲时，了解有关效率的问题是有帮助的。当实现自由社会和道德社会必需某一特定个体的利益时，有效率的法律可能会牺牲这一利益，但是想到社会所要承担的成本，这一牺牲是必要的。

从财富最大化的角度，可能包括从自由和道德的角度来看，一个有益的政策就是允许人们通过婚前契约选择对通奸的惩罚方

---

〔34〕 O'Connor v. O'Connor, 253 Ind. 295; 307 (1968) 引用印第安纳法典 (§3—1202) 说道："在下列情况下，不应该因为通奸而判决离婚……三、当主动提出离婚的一方自己有通奸行为时，对方如果是无辜的，那么，决定权应该赋予对方"，并且指出："该法律最初于 1873 年被通过(Acts 1873, ch. 43, §9, p. 107)，但这一观点在这之前已经被判例法认可。"

式。法律可以明文规定允许人们选择侵权,刑罚或自助行为,就像人们现在可以自由选择财产安排的方式一样。这就需要有专门的条款来规定对通奸的刑罚和自助行为,因为对违约的惩罚并不完全适用。对于民事损害赔偿,只需政府对婚前契约进行可以信赖的强制执行,禁止司法在有关婚姻问题上忽略婚前契约的自由裁量权。这种契约正在兴起,并且受到检验。[35] 这一观点与普通契约的可强制执行性相同:它允许契约分期履行,并鼓励对未来履行的信任。[36] 一些契约,例如固定价格契约或雇凶杀人契约,对第三方具有负的外部性,因而不应该被执行;但是,如果不存在外部性或存在正的外部性,法院的执行就成为一种公共物品。法律是否应该超越这一点,将通奸作为不履行婚姻契约的一种形式进行惩罚或者要求婚姻契约中包括对通奸的惩罚,这是一个更困难的
89 问题,它取决于外部性的大小。

参考文献

Allen, Douglas and Margaret Brinig (1998), "Sex, Property Rights, and Divorce", *European Journal of Law and Economics*, 5,211—233.

American Law Institute (1962), *Model Penal Code and Commentaries*, Philadelphia: American Law Institute, 1980.

---

〔35〕 Desa Philadephia, " 'Bad Boy' Clauses", *Time*, 19 February 2001, p. 14; Ian Brodie, "Suspicious Wife Tests Husband's Dirty Linen in Public", *The Times* (*London*), 29 December 2000.

〔36〕 详细的论述见 Cohen(1987)、Stake(1992)、Rasmusen and Stake (1998)、Dnes (1998)。1997 年,路易斯安那的契约婚姻法就是向这方面迈出的一步,它提供了两种可供选择的婚姻类型。详见 1997 年路易斯安那议院法案,756 的第 272—275 节和第 307—309 节。关于法律对婚前契约的强制状况,见 Graham (1993) and Haas (1988)。也可参考 Merrill and Smith (2000),但他们两人从财产法的角度对这一观点持反对意见,他们认为:允许多种形式的婚姻增加了所有人的交易成本,例如想分清人们婚姻状况的雇主。他们没有详细阐述婚姻法的实施,但在其论述中有所暗示。

American Law Institute (1977), *Restatement of the Law, Second, Torts*, Philadelphia: American Law Institute.

Beirne, Piers (1999), "For a Nonspeciesist Criminology: Animal Abuse as an Object of Study", *Criminology*, 37,117—148.

BeVier, Lillian (1990), "Reconsidering Inducement", *Virginia Law Review*, 76,877—936.

Blackstone, William (1765), *Commentaries on the Laws of England*. New York: Garland, 1978.

Calabresi, Guido and A. Douglas Melamed (1972), "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, 85, 1089—1128.

Cohen, Lloyd (1987), "Marriage, Divorce, and Quasi Rents; or, 'I Gave Him the Best Years of My Life'", *Journal of Legal Studies*, 16,267—303.

Cooter, Robert (1984), "Prices and Sanctions", *Columbia Law Review*, 84,1523—1560.

Dnes, Antony (1998), "The Division of Marital Assets Following Divorce", *Journal of Law and Society*, 25,336—364.

Epstein, Richard (1999), "Life Boats, Desert Islands, and the Poverty of Jurisprudence", *Mississippi Law Journal*, 68,861—885.

Graham, Laura (1993), "The Uniform Premarital Agreement Act and Modern Social Policy: The Enforceability of Premarital Agreements Regulating the Ongoing Marriage", *Wake Forest Law Review*, 28,1037—1063.

Haas, Theodore (1988), "The Rationality and Enforceability of Contractual Restrictions, on Divorce", *North Carolina Law Review*, 66,879—930.

Haggard, Melissa (1999), "Note: Adultery: A Comparison of Military Law and State. Law and the Controversy This Causes under Our Constitution and Criminal Justice System", *Brandeis Law Journal*, 37,469—483.

Hirshman, Linda and Jane Larson (1998), *Hard Bargains: The Politics of Sex*, Oxford: Oxford University Press.

Landes, William and Richard Posner (1980), "Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis", *Journal of Legal Studies*, 9,517—56.

Langan, Patrick and David Farrington (1998), *Crime and Justice in the*

United States and in England and Wales, 1981—96, Bureau of Justice Statistics, NCJ 169284.

Larson, Jane (1993), "Women Understand So Little, They Call My Good Nature 'Deceit': A Feminist Rethinking of Seduction", *Columbia Law Review*, 93,374—472.

Levmore, Saul (1995), "Love it or Leave it: Property Rules, Liability Rules, and Exclusivity of Remedies in Partnership and Marriage", *Law and Contemporary Problems*,5,221—49.

McChesney, Fred (1999), "Tortious Interference with Contract versus 'Efficient' Breach: Theory and Empirical Evidence", *Journal of Legal Studies*, 28,131—186.

Merrill, Thomas and Henry Smith (2000), "Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle", *Yale Law Journal*, 110, 1—70.

Mill, John Stuart (1859), *On Liberty*. New York: Norton, 1975.

Mittlebeeler, Emmet (1976), *African Custom and Western Law: The Development of the Rhodesian Criminal Law for Africans*, London: Holmes & Meier.

Nolan, Val (1951), "Indiana: Birthplace of Migratory Divorce", *Indiana Law Journal*,26,515—27.

Note, (1991), "Constitutional Barriers to Civil and Criminal Restrictions on Pre-and Extramarital Sex", *Harvard Law Review*, 104, 1660—1679.

Posner, Richard (1998), *Economic Analysis of Law*, 5th ed, Boston: Little, Brown.

(1999) *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Posner, Richard and Katharine Silbaugh (1996), *A Guide to America's Sex Laws*, Chicago: University of Chicago Press.

Rasmusen, Eric (1994), *Games and Information: An Introduction to Game Theory*, 2nd edn, Oxford: Blackwell.

(1995) "Predictable and Unpredictable Error in Tort Awards: The Effect of Plaintiff Self Selection and Signaling", *International Review of Law and Eco-*

nomics, 15, 323—345.

(1997), "Of Sex and Drugs and Rock'n Roll: Law and Economics and Social Regulation," *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 21, 71—81.

Rasmusen, Eric and Jeffrey Stake (1998), "Lifting the Veil of Ignorance: Personalizing the Marriage Contract", *Indiana Law Journal*, 73, 454—502.

Smith, Henry (1998), "The Harm in Blackmail", *Northwestern University Law Review*, 92, 862—915.

Stake, Jeffrey (1992), "Mandatory Planning for Divorce", *Vanderbilt Law Review*, 45, 397—454.

Stephen, James (1883), *A History of the Criminal Law of England*. New York: Franklin, 1964.

Weinstein, Jeremy (1986), "Note: Adultery, Law, and the State: A History", *Hastings Law Journal*, 38, 195—223.

第六章　路易斯安那的契约婚姻法：为了孩子重塑婚姻的意义

凯瑟琳·肖·斯帕特

> 虽然原则上美国离婚法并不想标新立异，但由于它就职责和信任等问题向人们传达了许多富有特色的信息，形成了一套有力的思想体系。事实上，它已被证明是极其与众不同的。正如法律和许多流行文学中所描述的美国婚姻状况那样，婚姻似乎变成了主要为了满足配偶们的个人需要而存在的一种关系。如果它停止履行这一职能，没有人应受谴责，而且配偶中任一方可任意终止这种婚姻。
>
> （格伦顿，1987，pp.106，108）

一、介绍

对于婚姻的描述性再定义“在西方国家并不是一夜之间发生的”（Glendon，1987，p.65）。这种变化早在20世纪60、70年代之前就已经开始了，当时，“无过错离婚法”已经为美国和其他西方国家所普遍采用。事实上，最近200年发达国家的离婚立法进程有一个总趋势：使对婚姻不满的配偶解除婚姻关系和推卸由这种婚姻关系带来的家庭责任变得越来越容易。

是什么让美国人的婚姻观念发生了如此根本的变化？毫无疑

问,强大的社会、经济和文化影响力通过渗入传统的道德责任观而导致了这种婚姻观念的变化,法律的变化已经反映出了这种趋势。无过错的离婚观念与一些时髦理论一样憎恶客观的价值判断,[1] 92而且极力推崇个人主观愿望的实现(Kramer,1997;see also Glendon, 1987, p. 119; Gallagher, 1996, p. 265; Whitehead, 1997, p. 194)。正如格伦顿教授所说,"无过错"这个词是从侵权法借用到婚姻法中来的,"无过错"汽车保险的创新观念已经在法律和文化上被人们接受,[2] 但是这个词却恰当地总结了美国人对婚姻和家庭责任抱有的新态度,这或许只是个巧合。[3]

然而,我们不禁要问,美国法律现在对婚姻的规定是否真的毫无问题可言。婚姻应该变成"为了满足配偶们的个人需要而存在的一种关系"吗(Glendon,1987,p. 108;see also Popenoe and Whitehead,1999a)? 如何看待夫妻双方对其子女的承诺? "无过错"的假定对于创建稳固家庭——人类出生后进入的第一个小社会有什么影响?

这些问题引起了我们更多的疑问。现在的美国法律在关于婚姻的规定中通篇未提及子女问题,这样完整吗? 第二章就来介绍这个问题。广大的美国读者能相信这个问题被极不恰当地忽略了

---

〔1〕 在美国,无过错的观念与一些深刻影响着美国人个人关系的精神理论不谋而合。它认为在一段婚姻将要结束时,谁都不应受到谴责:婚姻有时会破裂,人们分道扬镳,当这一切发生时,即使为人父母的也有追求他们自己幸福的权利。"无过错"一词与日渐风行的一种观点极为相似,这种观点认为,价值是一种体验,有犯罪感是不健康的,个体的首要责任就是自己。这一观点尤其认为,一个人没必要跟其他人的行为和观点协调一致。就如 Bellah(1985)指出的,精神疗法的观念不仅排斥道德,而且极力鼓吹道德是不可信的(Glendon,1987,pp. 107—108)。

〔2〕 "似乎有一个法律巧合将婚姻法的根基统统击垮,并将"无过错"离婚引入进来……一旦"无过错"在侵权法中被确立,这一观念就不可避免地会被新的离婚法所引用,法律改革将同时开始,离婚法将取消对过错的起诉"(Glendon1987,pp. 79—80)。

〔3〕 "心理健康专职人员和大学生们比市民更敏锐地感觉到了人们对以过错为基础的离婚制度的不满。"(Glendon, 1987,p. 66)

吗？他(她)难道不渴望改写这些规定，给婚姻一个圆满的结局吗？

的确，对一些美国人来说，美国婚姻法导致的结果已经具有了波(Poe)所说的特性，这个传说在近似于“都市枯萎病”的文化背景下展开。[4] 这个令人惊骇的故事有重要的社会影响：

> 当离婚和不法行为成为一种普遍现象，当单亲关系首次具有竞争力并最终取代双亲关系，当不止一些而是许多或绝大多数父母采用一种危险的模式养育子女，结果不仅使某些孩子遭受痛苦，还将导致整个社会的贫穷和美国文明的快速崩溃。(Gallagher, 1996, p. 4)

美国和其他西方国家的繁荣(抑或仅仅是他们的生存)都依赖
93 于构成这些国家的家庭的健康，[5] 然而我们的法律却将有关家庭生活的重要制度仅仅视为个体的事，与子女和整个社会毫无关系。[6]

---

〔4〕 离婚的日渐流行使人感到恐惧不安，相关的文字表述，参见 Stanton (1997); Whitehead (1997); Gallagher (1996); Blankenhorn (1995); Glendon (1987); Gallagher and Blankenhorn (1997); Parkman (1993); Wardle (1991); Scott (1990); Younger (1981); Popenoe (1992)。甚至神圣的罗马教皇 John Paul Ⅱ也描述了这场战争对家庭的破坏作用(John Paul Ⅱ的耶稣之使徒讲道词，1994)。

〔5〕 Yankelovich (1992, p. 4)将经济学与家庭健康做了如下联系：“凭直觉我们深刻地感到，以市场为基础的经济的成功仰赖高度发展的社会道德——可信赖、诚实、为子孙后代着想、为他人服务、关心需要帮助的人、节俭代替贪欲、较高的素质标准和关心集体，市场经济所需要的这些社会价值植根于家庭价值。因此，健康家庭和强健的经济之间的联系虽然是间接的，但却是清晰明确和紧密的。”

〔6〕 “我们习惯于将自力更生和独立视为我们最佳能力的根源……然而，对于 De Tocqueville 警告的可以在我们过于看重时流走的困难，我们却是不太有意识的……最后，在一个自由被从其他的共和政体美德中挑出来，并使之更加严格的国家中生活的人既能显示个人主义也能显示服从主义，同样会显示不安或草率，拒绝权力或政治无力。”(Glendon, 1987, p. 119)

法律改革者如何才能夺回婚姻的传统含义,[7]婚姻是一项永久的制度,是建立稳固美满家庭生活的保障。美国的路易斯安那州[8]选择以立法做实验,通过法律体制重新为婚姻下定义,一年后,亚利桑那州[9]也积极效仿。立法使得配偶们希望拥有一个能使婚姻更稳固更持久的法律的理想得以实现,这就是"契约婚姻法"。这一法律鼓励教堂积极参与婚前以及可能的离婚前的咨询,通过民事契约使婚姻更具约束力,更长久。[10]采取这种做法的,路易斯安那并不是第一个也不是惟一一个。早在 1945 年,著名的法国里昂的教授马日尔德就为法国夫妇提供了不可随意解除婚姻的方式。[11]因为契约婚姻是配偶们自愿做出的选择,因此,基于以下原因,这一立法将有可能最终改变文化。[12]首先,要推 94

〔7〕"为了婚姻的繁荣,也许只是生存,我们需要夺回我们的允诺,为它自己的缘故再设想它是有价值的。"(Gallagher,1996,p.264)

〔8〕路易斯安那州经修订的成文法注解[安法律修正案],Sect.9:272(St. Paul, MN:West Supp.,1999)(1999 年路易斯安那州 1298 号法案的修正案[法案],§1)。见 Spaht(1998a)。

〔9〕亚利桑那州经修订的成文法注解,Sect. 25—901—906 (St. Paul, MN: West Publishing Co., 1999)。

〔10〕安法律修正案 9:273(A)(2)(a)(1999 年 1298 号法案修正案,§1):强制性的婚前评议,包括对婚姻严重性的讨论以及契约婚姻是一个终身承诺,还有在婚姻出现困难时寻求牧师、部长、犹太教领袖、任何教派的任何牧师或者职业婚姻律师主持商议的义务。

〔11〕Léon Mazeaud, "Solution au Problème du Divorce," in *Recueil Dalloz, Jurisprudence*, 1945, pp.11—12。后来,Henri Mazeaud 在 Contre—Projet, *Travaux de la Commission de Reforme du Code Civil* 498(1947～1948)中提出了解决办法。1947 年 12 月 5 日,在同一版本(pp.499—511)中,再版了 Pleniere 委员会对提案的讨论。又见 Mazeaud and Mazeaud, *Lecons de Droit Civil: Tome Premier*, pp.1318—1334 (3rd edn, Editions Montchrestien)。我要感谢发现这些材料的 Tulane 大学法学院教授 Cynthia Samuel (又见 Wolfe,1995)。

〔12〕Laconte (1998),作者在文章当中说契约婚姻是一个沉睡的巨人:"契约婚姻运用法律和公民社会来使夫妇们正视他们婚姻承诺的性质。这种正视有助于重写民族文化传说。"(p.34)

行这一更加坚定的婚姻法，契约婚姻法的支持者们必须使每对夫妇相信它的合意性，而要使他们皈依需要进行大量的宣传工作。第二，1999 年出版的研究结果显示，对离婚抱有无所谓态度的夫妇较之抱有谨慎态度的夫妇更有可能解除婚姻。[13] 因此，“对婚姻做出长久承诺是使婚姻得以持续的重要保障。只要相信它，它就会实现”(Horn, 1999, p. 4)。契约婚姻包含的就是这样一种承诺，这承诺不仅依赖于夫妻间持续的信任(和感情)，更具有法律上的约束力。[14]

二、为何加强婚姻？为了孩子

尽管 20 世纪 70、80 年代有关家庭结构的相对论逐渐增多，但可获得的最新经验主义证据表明——如果孩子在一个异性婚姻的完整家庭中生活，这对他(她)很有好处，这个道理我们仅凭直觉就

---

〔13〕 内布拉斯加大学著名的社会科学家 Paul Amato and Stacy Rogers 进行了这项研究并公布了结果(Amato and Rogers, 1999)。他们发现：“对离婚持有许可态度的夫妇会经历婚姻质量的下降，而对离婚比较不许可的夫妇则会经历婚姻质量的提高。这一模式对男人、女人和长短期婚姻都一样适用。概括而言，对离婚持许可态度的夫妇的婚姻健康是危险的。”(Horn, 1999, p. 3)

〔14〕 “不管是否是有意的，除了法律所做的其他事情外，它讲述的故事有助于塑造文化，而文化又会反过来影响法律的制定和实行：故事的内容是关于我们是谁，来自哪里和我们去向哪里的。”(Glendon, 1987, p. 7)

能明白(Fagan,1999)。孩子在身心、[15] 情感[16] 和经济上都将受益(Fagan,1999)。萨拉·麦克拉纳翰和加里·桑德弗在他们有关 95
单亲家庭的权威著作中,对单亲子女和双亲子女在受教育程度、勤奋与否以及婚前生育行为等方面进行了比较(McLanahan and Sandefur,1994)。据他们研究,"数据清楚地表明单亲子女较双亲子女在中学退学的可能性更大"。[17] 此外,"单亲家庭男青年与双亲家庭男青年游手好闲(退学后不参加工作)的比例是 1.5:1"(McLanahan and Sandefur,1994,pp.48—49)。单亲家庭少女的情况也很不乐观。[18] 与双亲家庭少女相比,她们未婚先育的危险性较高,如果女孩未与父亲一起生活,这种危险性会更高(McLanahan and Sandefur,1994,p.114)。除此之外,单亲子女要比双亲子女经受更多的贫穷:[19]

多数完全在双亲家庭长大的孩子,他们的童年绝不会是贫穷的。相反,绝大多数在单亲家庭成长起来的孩子将会经

---

〔15〕 报告收集了引自 Sedlak and Broadhurst (1996), Whelan (1993) 中的数据。"来自英国的调查为我们提供了强有力的证据,证明家庭结构与母亲和孩子的安全直接相关。对一个女人和其子女而言,最危险的地方就是她和一个不是她的孩子的父亲的男朋友同居的环境。这种环境下虐待儿童的比率可能较一般情况下高出 33 倍。甚至和孩子的父亲同居也可能导致高达 20 倍的虐待比率。婚姻为孩子提供了最安全的环境。因此它在提升美国孩子的安全和福利方面极为重要。"Fagan, FitzGerald and Hanks (1997, p. 14)。

〔16〕 Guidubaldi (1998), Demo and Acock (1988), Kunz (1992)。又见 Brinig (1998) and Stanton (1997),在所有想强调婚姻的积极影响的作者中,他俩的书是最新的一本。这本书收集了直到发行那天为止关于离婚的有害影响的所有社会学的数据。

〔17〕 Stanton (1997, p. 105),在引证 McLanahan and Sandefur (1994) 的结论之前,对它们进行了概括:"不管我们看哪个调查,单亲家庭子女的辍学率都是双亲家庭子女的两倍。"(p. 41)

〔18〕 Stanton (1997, p. 110),概括自 McLanahan and Sandefur (1994)。

〔19〕 "毫不夸张地说,一个稳定的双亲家庭是美国孩子对抗贫穷的最好保护。"(Kammack and Galston, 1990, p. 12);(又见 Fagan, 1999)。

受贫穷。(Ellwood,1988,p.46; see also Fagan,1999)

除了麦柯拉那翰和桑德弗所作比较外,其他的研究也表明,生活于单亲家庭的孩子"身心健康状况较差"(Stanton,1997,p.119; Larson、Swyers and Larson,1996)。这并不奇怪,因为双亲家庭有两个成年人同时为孩子提供经济和情感资源。此外,双亲与子女有血缘关系的家庭被证明对孩子的成长是有好处的,好处在于这种血缘关系"增加了父母对子女的认同感,并且使父母甘心情愿为孩子做出牺牲,同时降低了父母虐待子女的可能"(Mclanahan and Sandefur,1994,p.38)。[20] 当然,单亲子女既包括父母未结婚的非婚生子女,也包括由于父母离异而与其中一方共同生活的孩子。在《婚姻的废除》中,玛吉·加拉格尔谈到了离婚和私生之间的一种有趣的联系:"当婚姻变得极其易碎,离婚现象极其普遍,越来越多的女性便选择了完全摆脱婚姻——独身,或许这样才能使她们感觉较安全:私生巨浪在离婚浪潮之后汹涌而至。"(Gallagher,1996,p.123;see also Fagan,1999)

96

戴维·波普诺和巴巴拉·达福·怀特黑德两个在社会科学和大众文化领域广为人知的人物,完成了对同居递增的社会现象的研究并且发布了一份报告[21] (Popenoe and Whitehead,1999b)。这份报告与其他研究结果共同证明:同居削弱了婚姻制度,并给女人

---

〔20〕 他们有关虐待可能的结论已经在 Fagan、FitzGerald and Hanks (1997)提到的一项英国的研究中被证实。

〔21〕 对最新研究的这一全面回顾是"下一代系列"(由 Whitehead 和 Popenoe 所作的关于年青人对同居和婚姻的态度的年度报告)的一部分。

和孩子带来危险。[22]

与拥有完整家庭的孩子相比,遭受父母离异影响的孩子生活的各个方面都会受到损害。[23] 1985 年,勒诺·韦茨曼证明了离婚对孩子经济状况的破坏性影响(Weitzman,1985)。[24] 不断高涨的离婚率产生了一系列问题,20 世纪 80 年代早期,玛丽·安·格伦顿和朱迪思·扬格两位法律教授为这些问题提供了不同的解决办法。格伦顿教授提出以"孩子第一"的原则分配离婚时夫妻共同财产,[25] 这一原则要求夫妻共同财产首先用来满足孩子的经济需要。扬格教授提议实行不允许未成年子女的父母离婚的法律,除非父母双方可以说服法院相信孩子在他们离婚后会比在离婚前过得更好(Younger,1981)。[26] 但是,巴巴拉·达福·怀特黑德 1993　97

---

〔22〕 Popenoe and Whitehead (1999a)将同居报告放于婚姻率下降的情景中。又见 Carlson (1998, p. 7):"瑞典模型的中心错误从一开始就将存在:在人类家庭具有延展性的假设下,一个被引出的社会构造曾经调整去适应新的经济情况,而不是一个植根于相对固定人性中的系统。"这两个代表性的研究本质上刻画出了 Katharine T. Bartlett"改革的家庭促成模型"的概念,这一模型认为所有家庭结构都有潜在的欲望,包括同居模型,而且建议用法律规定来统治这些结构(同性恋婚姻等)(Bartlett, 1998)。

〔23〕 Stanton (1997) 第 5 章,"揭秘:打碎的离婚约定和再婚",pp. 123—158,见 Kunz (1992)。Waite and Gallagher (2000)证明了婚姻于丈夫和妻子具有相同的利益。

〔24〕 尽管不同意 Weitzman's 对离婚后男人与女人及子女收入和生活标准的不同做出的计算,但对于认为女人和孩子在离婚后要比男人遭受更多经济困难的观点却不存在太多争议。见 Hoffman and Duncan (1988); Stroup and Pollock (1994); Peterson (1996)以及 Fagan (1999)。

〔25〕 Glendon (1984); 同样见 Glendon (1987)。对于实行孩子第一原则的建议,见 Spaht (1999)。

〔26〕 又见参议院第 160 号议案(1997 年例会,路易斯安那州立法机构),它修订了路易斯安那州民法典[民法典],第 102 和 103 条(1991 年 1 月 1 日生效)又增加了一个新的条款以限制子女在 18 岁以下的夫妇在拿不出过错证据的情况下离婚。议案以 12 票赞成 25 票反对的结果被参议院否决。

年发表于《大西洋月刊》上当今驰名的文章——“丹·奎尔是正确的”,[27] 最终识破并在某种程度上推翻了流行于大众心中认为离婚是一种积极的人生体验[28] 和孩子在父母离婚问题上只经受短期伤害而且完全可以承受的观点。在她最近的报告之前,朱迪思·沃勒斯坦在与桑德拉·布莱克斯利合著的一本书中写道:“离婚对于成人和孩子而言是一种完全不同的体验,因为孩子们在此过程中失去了对他们发展至关重要的东西——家庭结构。”(Wallerstein and Blakeslee, 1989, p. 11)

朱迪思·沃勒斯坦对父母离异的儿童进行了长达25年的追踪调查。1997年6月,她宣布了最近的调查结果。[29] 父母离婚时,他(她)们只有2—6岁。

> 与成人不同,孩子的痛苦并非在父母关系破裂之时达到顶峰而后慢慢减少。正相反,离婚所造成的伤害对孩子而言是一个累积的过程,它的影响随时间而增加。在孩子成长的各个阶段,这种影响都以不同的方式存在……当他们刚进入青少年期,时常得不到足够的监护,而且,这一时期(甚至更早)他们还必须去适应继父母及他们的孩子,这种情况下,离

---

〔27〕 Whitehead (1993)。出现在那篇文章中的很多内容现在被引用到了 Whitehead (1997)。她在一个优秀的公众广播服务录像的“离婚家庭子女”这一小板块中讨论了她的一些结论,这一节目是国家书桌系列的一部分。Judith Wallerstein 带着她曾用摄影机采访过的离婚家庭的孩子们也出现在了录像中。

〔28〕 Thornton (1989); 又见 Ahrons (1985),他把离婚事件当成潜在的积极的个人体验。事实上,Stanton (1997)的一个章节就命名为“只是一张纸而已:婚姻对成年人的利益”(pp. 71—95),而且在这章中,Stanton 争论说,与独身者或再婚者相比,第一次结婚的成年人事实上在生活质量的每个方面都进展得更好。又见 Waite and Gallagher (2000)。Wallerstein and Blakeslee (1996) 分析说,已婚夫妇的什么样的性格和素质可以使婚姻美满和长久。

〔29〕 公布于 Wallerstein, Lewis and Blakeslee (2000)。她对这些孩子在他们父母刚刚离婚不久时所做访问的结果公布于 Wallerstein and Kelly (1980) 和 Wallerstein and Blakeslee (1989)。

婚的影响聚集为一种力量。青少年后期,当他们由于经济原因而不能选择好的职业或不能接受进一步的教育时,这种影响聚集成了一股强大的力量。在成年早期,这种影响再次加剧,他们担心自己的成人关系也会像父母一样失败,并且恐惧与日俱增。父母离异一直影响着子女前 30 年的生活。(Wallerstein,1997)

尽管对于她所选择使用的孩子的样本存在批判意见,[30] 但这是相当长时间以来惟一以深入调查和面谈为基础的研究。此外,在她以后的绝大多数研究(当然并非所有),本质上已经证实了这一结果。[31] 甚至对她提出批评最多的评论家之一安德鲁·谢尔 98
林,在共同参与了 1998 年的一项研究后也得出结论说:"在童年或青少年时期父母离婚的孩子,直到他(她)们 20 多岁和 30 岁早期时离婚的消极影响依然存在。"(Cherlin, Chase-Lansdale and McRae,1998 compare Cherlin et al.,1991; Cherlin,1993)

> 在一种离婚文化中,孩子是最"不自由"的。离婚剥夺了孩子们诸多权利,让他们无法适当远离成人的忧虑和烦恼,无法天天享受父母的关爱,无法在社会工作和治疗中保持天真的本性,必须在法院的规定下度过家庭时光……离婚使大人和孩子都经受了巨大的痛苦,因此不能被视为是一种道德中立的行为。(Whitehead,1997,p.184)

与沃勒斯坦和谢尔林的报告同样让人感兴趣的是最近的三项

---

〔30〕 研究样本包括对 130 个孩子及其父母的面对面的采访,孩子们均来自于北加州中产阶级家庭,并且他们的父母都受过良好的教育。

〔31〕 Stanton (1995), 第 5 章,pp. 123—158 对那些研究得出的结果。

研究,[32] 研究结果"表明……如果父母的婚姻虽不幸福但并非充满暴力,其子女的生活也比离异家庭中子女的生活要好"(Horn,1998,p.25)。韦德·E.霍恩博士如此评论说,"习惯上,我们认为,父母离婚会比他们勉强维持不幸福的婚姻生活对孩子更有好处……然而问题在于,这种传统的看法是错误的。三项最新研究表明,离婚(而不是婚姻冲突)才会带来更多的问题"(Horn,1998,p.25)。霍恩博士所说的其中一项研究包含在保罗·艾玛特与艾伦·布思合著的名为《危险的一代人》的书中。他们对研究结果评论如下:

> 父母将子女带到世上,为了子女的利益,将生命中1/3的时光在不尽令人满意的婚姻中度过,这对做父母的来说是合理的要求(Amato and Booth,1997,p.238)。

朱迪思·沃勒斯坦对父母离婚25年来,子女所受的影响进行了研究,总结出,离婚父母双方与子女间关系的好坏常常取决于子女与哪一方一起生活和大部分时间与谁一起度过。在与孩子的面谈中,她"发现婚姻破裂家庭中父母与子女关系远没有完整家庭的父母与子女关系稳定"(Wallerstein,1977)。未与子女一起生活的父亲与子女关系尤为不稳。尽管法律上假定,如果母亲不干涉,子女与离婚父亲会保持亲近关系,但事实却往往复杂得多。离婚父亲对子女的关爱会因为他"生活其他部分的成功或失败"及其再婚而有所改变。(Wallerstein,1977)

99

戴维·布兰肯霍恩在他的影响重大的作品《没有父亲的美国》(Blankenhorn,1995)中对于父亲对家庭的重要性不可限量这一观

---

〔32〕 第一个研究由 Rex Forehand 及其同事完成,结果公布于 Forehand, Armistead and David (1997);第二个研究包含于 Amato and Booth (1997);第三个出现于 Simons (1996), pp. 203—205。

点列举了大量证据:“事实上,在整个人类社会中,孩子的幸福根本上取决于父亲相对较高的投入。”(Blankenhorn,1995,p.25)在家庭中,父亲通过提供身体保护、物质资源、文化传递和日常教育来对家庭和子女进行投入。由此可见,仅仅支付抚养费并不代表他已完成了全部投入。[33] 布兰肯霍恩观察发现,“有效的父亲身份包含两个条件:与子女一起生活和与妻子共同完成抚养子女的职责”(Blankenhorn,1995,p.18;emphasis added)。朱迪思·沃勒斯坦的研究支持了他的发现。

> 除三人之外,这个样品中几乎所有男性在离婚不久后就再婚,1/3在孩子成长过程中再婚了三次以上。父亲与子女的关系因为其再婚、新妻子的态度和新家庭子女的出生而改变。由于父亲的第二次离婚,他与子女的关系又会有所改变。继母(尤其当她们有自己的孩子时)经常坦白说她们憎恶丈夫第一次婚姻留下的孩子,并视他们为入侵者。也有些继母会慢慢爱上丈夫的孩子,但大多数都不会。正如一个女人所说,“我要的是这个男人而不是他的孩子。”这些态度对父亲与子女的关系都会产生重大影响。可以理解,父亲渴望新的婚姻成功,因此给它以优先权。所以他会送继子女去上大学却不一定会为自己的孩子提供经济支持。(Wallerstein,1997)

如果维系父亲与子女关系的惟一途径是父母共同完成抚养子女职责的话,那么婚姻将是把父亲系于母亲从而确保其在家中发挥关键作用的最有效方法(Blankenhorn,1995,p.223)。

如果父亲和母亲对终身婚姻做出承诺并共同遵守,从而为培

---

〔33〕“从孩子的角度考虑,子女抚养费即使被全额支付,也不可能代替父亲的经济供应,更不可能代替父亲的全部作用。”(Blankenhorn,1995, p. 127)

养有责任感、前途光明和有适应能力的公民提供理想的环境，[34]法律能重塑并加强婚姻制度吗？有预言称，美国几乎一半的新婚姻将以离婚告终，而且大多牵涉到未成年子女问题(Gallagher，
100 1996，p.5)，法律对于婚姻破裂所带来的影响能做些什么呢？[35]究竟如何才能找回永恒、自我牺牲的爱情，这是一个亟待解决的问题。[36]

三、路易斯安那的契约婚姻立法

1997年8月15日，路易斯安那公民开始了他们重塑婚姻意

---

〔34〕 参见 Institute for American Values (1998)，它包含有一个从道德上更新美国民主制的建议书，认为美国首先应该确保越来越多的子女可以在双亲家庭中长大成人，并明确建议立法机构改革无过错离婚法。

〔35〕 Friedberg (1998，p. 608)观察发现："采用单方面离婚法的州离婚率增长较快。然而，有证据显示采用任何类型的单方面离婚都会导致离婚率上升。"相同的结论见 Brinig and Buckley (1998)(无过错离婚显著提高了离婚率，因为提出离婚申请的费用减少了；从人口统计和社会因素对法律变量影响的离析研究。)又见 Wardle (1991)和 Wolfe (1995)，"另一方面，即使无过错离婚在很大程度上是深层文化改变的一个附带现象，一旦写入法律，离婚就成了我们文化中'道德生态'的一部分，并且塑造着许多公民对于婚姻的态度和期待。"又见 Teitelbaum (1996)："从作为一种只能因为重要原因而终止的法律关系渐渐到可任意终止，婚姻的这种变化本身使法律对婚姻的主宰程度降低。"但是见 Ellman and Lohr (1997)。

〔36〕 见 Scott and Scott (1998，p. 1227)，"路易斯安那州的法令不仅引起了对婚姻和离婚的现代社会和法律现象的广泛不满，而且产生了无过错离婚法正威胁到婚姻本身的危机感"。

义,使其与生命同样长久的尝试。[37][38] 立法抓住教育市民的这次机会,向他们大力宣传长久婚姻[39] 的重要性和价值所在,并且还热情邀请其他社会团体进行援助,主要是教堂。[40] 作为道德权威机构,它是最有资格协助维护婚姻的。在鼓励其他社会团体[41] 101
参与的同时,立法还趁机对他们进行革新,通过革新促使它们拥护婚姻和家庭制度。

之前已经提到过,立法允许配偶们通过民事契约选择一种更

---

〔37〕 对于路易斯安那州离婚法改革现在正进行两项单独的经验性研究:(1) 弗吉尼亚大学的 Steve Nock 教授、来自国立科学基金会资助下的 Tulane 大学的 Jim Wright and Brigham Young 大学的家庭研究中心和 Smith Richardson Foundation 正在进行一个五年制研究,并且已经就他们最初的民意测验和中心群体结果发表了两篇文章;(2) 路易斯安那州立大学的 Katherine Rozier 也正在研究路易斯安那州的契约婚姻(见 Rozier, 1998)。

〔38〕 1997 年第 1380 号法案。立法已经在美国律师协会分录簿中被提到,并被当做"一次反离婚武器秘密行动"(Carter, 1997a)。

〔39〕 契约婚姻法第一次教育市民是以分发小册子的形式向他们传递信息,由路易斯安那州的总检察长制作,内容关于如何能在婚后较长时期内避免离婚。这一小册子还包含有介绍契约婚姻的信息。当然,法律所做的教育努力不仅限于这些。要使契约婚姻得以实行,夫妇双方必须接受强制性婚前咨询,接受更多更深层次的有关婚姻严肃性的信息,之后夫妇双方和律师签订经过公证的文件。文件包括双方的意向声明书、他们已参加过咨询的公证书和律师表明他(她)提供了咨询的证明材料。安法律修正案 9:273 A (1999 年第 1298 号法案 §1 对其进行了修正)。因此,接受契约婚姻观念的夫妇是认真慎重地做这些事的。

〔40〕 安法律修正案 9:273 A.(2)(a) (1999 年第 1298 号法案 §1 对其做了修正)。

〔41〕 "团体","公民美德的温床",包括家庭——人类出生后进入的第一个团体,教堂,邻居,学校,许多自发的社会团体以及宗教和美国以服务人类社会为目的的慈善组织。Glendon and Blankenhorn (1995)这本书是关于公民美德"温床"的散文集。在简介部分,Glendon 写道,所有投稿的作者都赞同"养育孩子的家庭和它们的环境以及辅助机构的同时削弱,成为我们文化中的严重问题,并将长期存在"(1995, p. 3)。家庭削弱得如此严重的原因在于美国社会对它的年轻公民进行社会化主要是依靠家庭。正是从家庭和它的辅助机构那里,孩子们学到了自由的美德。又见 Glendon(1991)。

具约束力、更长久的婚姻。〔42〕“契约婚姻”法中隐含了使婚姻维系终身〔43〕的理想。〔44〕具体做法是,配偶双方婚前签订一个具有法律效力的契约,规定双方的法律义务,使其更具约束力。契约包括意向声明以及如果婚姻期间出现困难,答应采取一切必要措施(包

〔42〕 安法律修正案 9:272 (1997 年第 1380 号法案 § 3 对其进行了修正):“A. 契约婚姻就是由一名男性和一名女性组成的婚姻,他们都理解并同意他们之间的婚姻是一种终身关系……只有在契约婚姻的承诺被完全彻底地破坏之后,守约方才可以要求宣告婚姻不再具有法律效力。B. 一名男性和一名女性可以在结婚证申请书上签订一份契约婚姻合同,声明他们想遵照执行的意向。[安法律修正案 9:225,234 (1997 年第 1380 号法案 § 1 对其进行了修正)],安法律修正案 9:224(c)做了规定,并且使这份签署契约婚姻合同的意向声明书经签名盖章后生效,正如该法律修正案的 9:273 所规定的一样。

〔43〕 “Max Rheinstein, 1972 年的作品,在拒绝谴责现状的家庭法学者中几乎是孤立的,现状是严格的建立在过错基础上的离婚法只存在于书本中,而实践中却采用一种容易的协议离婚。他说,离婚政策的这种双重性是一种‘民主的妥协’,这种妥协几乎使每一个相关的人都感到满意。这是一种将大多数人的理想与那些不能按这些理想去做的人的实践相协调的一种方法。而后者在原则上又常常是支持这些理想的”(Glendon, 1987, p. 66)。

〔44〕 又见 Wolfe (1995, 37—38),他提出了一种不可解除婚姻的选择:有些人可能由于不同的理由想要拥有牢不可破由法律强制约束的婚姻。这一选择将积极促使每个人认真考虑他(她)的婚姻决定,并且使他(她)对其未来配偶做出婚姻决定的认真严肃性放心。它将同样促使配偶中每个人尽最大努力来经营婚姻,并再次使每个人对其配偶的动机放心。这可视为使婚姻成功几率最大的“战略”。

括婚姻咨询)来挽救婚姻。[45]　102

契约婚姻法虽然主张永久婚姻,但一开始就很现实地承认婚姻中肯定会出现困难,而且配偶们在解决的过程中可能需要帮助。而且,因为建立在配偶一方过错上的离婚理由是有限的[46](一种情况除外[47]),所以法律重新将客观道德更广泛地运用到了婚姻关系的处理过程中。[48] 法律(至少在契约婚姻法里)表达了社会的心声,配偶一方对另一方的行为是如此让人无法容忍,以至于尽管社会极力想维护婚姻也会允许另一方离婚。因此,离婚的过错理由表达了社会整体对特定婚姻行为(如对配偶或子女进行身体

---

〔45〕 安法律修正案 9:273 (A)(1) (1999 年第 1298 号法案 §1 对其进行了修正):"意向声明应包括所有下面的内容:

"双方的宣誓辞,以下是要实现的目标:一个契约婚姻:

'我们庄严宣布婚姻是一个男人和一个女人之间的契约,他(她)们同意以丈夫和妻子的名义终身生活在一起。我们认真选择对方并且向对方公开了一切可能影响我们结婚决定的事情。我们接受了婚前有关婚姻性质、目的和责任的咨询,我们读了契约婚姻条例,并且我们明白契约婚姻是终身的。如果我们遇到婚姻困难,我们将尽最大努力(包括进行婚姻咨询)维护我们的婚姻。

'我们清楚地知道这一承诺的意义,因此我们在此声明我们的婚姻将受路易斯安那州法律关于婚姻契约规定的约束,并且我们宣誓我们会在有生之年作为丈夫和妻子互相去爱、尊重和关心对方。"

〔46〕 安法律修正案 9:307(A)(1997 年第 1380 号法案 §4 对其做了修正)。正如最初介绍的,众议院第 756 号提案(1997 年例会,路易斯安那州立法机构),包含"契约婚姻"立法,可以即刻离婚的理由只有两个:通奸和拒绝同居一年。只有在配偶一方对另一方进行身体虐待或对子女进行身体或性虐待时,才可以进行法定分居。通过的立法规定了六个离婚理由。显然,提案在立法过程中被有效地修订了。

〔47〕 安法律修正案 9:307(A)(5) (1997 年第 1380 号法案 §4 对其进行了补充)。经比较,在路易斯安那州的非"契约婚姻"中,夫妇双方无论在提出离婚申请之后分居 180 天(民法典第 102 条),还是在提出离婚申请前分居 6 个月(民法典第 103 条),都可以实现离婚。

〔48〕 当然,在婚姻关系中重新启用客观道德遭到了来自法律界专业人员、从业者和大学生的强烈反对。相关样本,参见 Ellman and Lohr (1997); Oldham (1997);选自 Sugarman and Kay (1991)的评论。又见 Carter (1997b)。

上的虐待)的一致谴责。[49] 纯粹的无过错离婚法对这种社会谴责未予以任何考虑,但是没有人能否认它的力量。

除此之外,契约婚姻法还规定了法定分居,[50] 这对于天主教徒尤其重要,因为他们的宗教信仰禁止离婚。离婚理由[51] 同样适用于分居,此外还包括:精神虐待或者夫妻性生活过度致使对方
103 无法承受。后者仅适用于法定分居。[52] 路易斯安那立法机构认为通奸、身体和精神虐待是最严重、最不能容忍的过错。此外,"精神(或心理上的)虐待"的范围可能会在司法上被扩充,它将包括任何感觉上的争执或轻蔑,依据契约婚姻法,这些都是即刻离婚的理由,这点甚至连路易斯安那的无过错离婚法都无法做到。[53]

四、契约婚姻立法的目标以及立法如何实现这些目标

加强婚姻

契约婚姻立法的首要目标[54] 是加强婚姻制度,这一目标的实现依靠:(1)强制进行婚前咨询,强调婚姻的严肃性以及期待婚

---

〔49〕 契约婚姻立法将身体和性虐待作为即刻离婚的理由,第一次表明在路易斯安那州这类行为是离婚的理由,但仅限于契约婚姻。

〔50〕 分居在1990年被路易斯安那州立法机构撤销了。参见对民法典第101条的解释(c)(1991年1月1日生效)。因此,对于非契约婚姻,合法分居是不可能的,想要改变婚姻现状的配偶只有离婚这一种选择。

〔51〕 见安法律修正案9:307(B)(1997年1380号法案§4对其进行了补充)。

〔52〕 安法律修正案9:307(B)(6)(1997年1380号法案§4对其进行了补充):"由于一方长期纵欲或虐待侮辱另一方,致使双方无法继续一起生活。"

〔53〕 参见民法典第102条和103(1)。

〔54〕 对于每个目标的详细内容和立法如何实现它,见Spaht(1998 a)。

姻将会永久;[55] (2)制定具有法律约束力的契约,[56] 声明婚姻期间如若出现困难,夫妻双方将采取一切必要措施(包括婚姻咨询)维护婚姻;[57] (3)可以作为离婚理由并据之做出离婚判决的有,配偶一方在婚姻关系[58] 中犯下了遭社会普遍谴责的过错或者经过了漫长的等待期(分居两年)。[59] 104

强制进行婚前咨询是想让夫妇双方认识到婚姻的严肃性,要求他们承诺婚姻是终身的,要求在他们承担婚姻出现困难时寻求咨询的义务以及请宗教顾问帮助解决婚姻中的精神问题。当然,婚前咨询可以包括讨论会、婚前财产盘点、有效解决婚姻冲突的技术指导和定时定量的会议等形式。婚前咨询促使夫妇双方对婚姻抱着严肃、慎重的态度,并进行反思和充分准备。

如果婚姻出现困难,采取一切可能的措施维护婚姻,这是可强制执行的法定义务。依据路易斯安那州法律的规定,在一般个案中法律可能不会特别地强制有抵制情绪的夫妇双方接受咨询。[60]

---

〔55〕 安法律修正案 9:273(A)(2)(a) (1999 年 1298 号法案 §1 对其进行了修正)。立法提供婚前咨询的框架;律师(大部分是教徒)来规定具体内容。

〔56〕 丈夫和妻子达成的采取一切必要措施维护婚姻的契约(包括婚姻咨询),是一个由州政府许可和制裁的具有法律约束力的契约,这对于基本原则——政党不能改变婚姻契约的个人义务——是一个例外。

〔57〕 安法律修正案 9:273(A)(1) (1999 年 1298 号法案 §1 对其进行了修正)。又见安法律修正案 9:273A.(2)(a) (1999 年 1298 号法案 §1 对其进行了修正)。

〔58〕 安法律修正案 9:307(A)和(B)(1997 年 1380 号法案 §1 对其进行了补充);此类不正当行为包括通奸、被判服苦役或死刑、拒绝同居 1 年、对配偶或子女进行身体虐待和因为长期纵欲致使双方无法继续一起生活以及分居时间比普通婚姻的分居时间多出 1 年或 1 年又 180 天(取决于其未成年子女)。

〔59〕 安法律修正案 9:307(A)(5) (1997 年 1380 号法案 §1 对其进行了补充)。契约婚姻中的这个离婚理由被认为是单方面无过错离婚的例子。“标准”路易斯安那婚姻和“契约”婚姻中单方面无过错离婚的显著不同在于,“契约”婚姻的等待期要比“标准”婚姻长出一年半。因此,2 年的等待期与“标准”婚姻的 180 天相比显著减缓了离婚进程。见民法典第 102、103 条。

〔60〕 民法典第 1986 条。

然而,跟其他的违约案件一样,法律支持受害方的损害赔偿请求,〔61〕包括物质损害〔62〕和精神损害。〔63〕物质损害可能包括,在分居期间为了维持两个家庭而不是一个家庭所增加的额外费用或者为了使对方履行其义务而花费的必要费用(如果损失与违约行为有因果关系的话〔64〕)。精神损害包括"不影响一个人的'物质'或有形财产的道德层面上的损害"。〔65〕如果配偶一方没有履行其采取可能措施维护婚姻的义务,另一方就会受到损害,契约婚姻配偶遭受损害的类型包括困窘、精神苦闷、耻辱和心理上的伤害。有关这些损害,路易斯安那法律赋予了法院很多自由裁量权,〔66〕使之可以根据需要做出裁决。〔67〕此外,如果配偶一方企图摆脱契约婚姻的约束而迁居他州,并希望在他州较自由的离婚法下达成离婚愿望,这时,上述义务依然存在(see Spaht, 1998a; Spaht and Symeonides, 1999)。

如果离婚是婚姻的敌人,并使这一神圣制度遭受根本损害的话,那么将离婚理由仅限于配偶的严重过失或一个漫长的等待期,
105 这将加强婚姻,使其免遭破坏。法定契约婚姻意味着,在婚姻契约中做出的承诺不能轻易被否决——即使逃到一个对婚姻和离婚抱有较宽容态度的州,这一承诺依然是不能轻易打破的。因为,在婚姻契约中,订约的夫妇双方已同意遵守路易斯安那州的契约婚姻法,并且,依据法律冲突规则,可以选择适用契约法的相关法律条款(see Spaht and Symeonides, 1999)。

---

〔61〕 民法典第 1986,第 1994~1997 条。

〔62〕 民法典第 1995 条。

〔63〕 民法典第 1998 条。

〔64〕 当无过错方要求另一方参加评议会议时,对方的特定反应证明他具有违约行为。

〔65〕 民法典第 1998 条,注释 (b)。

〔66〕 民法典第 1999 条:"当无法对损害进行精确测量时,应给法院更多的自由裁量权,使之可以对这种损害做出合理评定。"

〔67〕 民法典第 1999 条,注释 (b)。

如果过去 30 年让美国人学到了什么的话,那就是宽松的离婚法会给婚姻带来巨大的危险(see Popenoe and Whitehead,1999a)。希望路易斯安那契约婚姻法三个组成部分的共同作用,可以实现婚姻稳定的美好目标。

引入调节机制:请求宗教协助维护婚姻

立法的另外一个不太明显的目标是,使宗教这一最有资格维护婚姻的机构回到"公共领域"(Neuhaus,1984),发挥其维护婚姻的作用。部长、[68] 牧师[69] 或犹太教领袖可以强制夫妇接受婚前咨询,正如他们可以主持典礼一样,这是他们的职能。[70] 除了婚礼主持人的身份[71] 之外,立法又赋予了他们专业婚姻顾问的身份。[72] 通过认真仔细的婚前咨询避免劣质婚姻或发现潜在争论,这需要做大量细致透彻的工作。此外,传教士可以参与咨询并转达宗教对婚姻的看法以及"团体"[73] 对夫妇双方尽力维护婚姻的期待。

因为立法将宗教"邀请"回公共领域,所以立法对咨询内容的规定不应超越法律的基本职权范围。[74] 而且,立法机构不应为婚 106

---

〔68〕 通常,部长被理解为新教派教堂中的牧师(施洗者、卫理公会教徒、五旬节派教徒)。

〔69〕 "牧师"显然包括天主教和美国圣公会的牧师。

〔70〕 安法律修正案 9:202(1)。又见民法典第 91 条及其注释。

〔71〕 安法律修正案 9:202(2)。州审判员或治安官可以主持结婚典礼仪式。

〔72〕 1999 年 1298 号法案,§1。

〔73〕 用在这的"社团"不仅指教堂或寺庙的集会,还有夫妇生活的大环境,包括他们的邻居、社交圈或居住的城市。

〔74〕 基本框架包括对婚姻严肃性的强调和夫妇的终身婚姻意向。尽管律师的职责原本是解释契约婚姻中离婚的不同根据的,但 1999 年 1298 号法案 §1 将其取消了。在首席检察官制定的名为"契约婚姻条例"的小册子里包含了对不同离婚理由的官方解释。

前咨询规定时间量，如果这么做，就会闯入宗教的领地。许多宗教派别已经展开了各种婚前咨询，如天主教堂的 Pre-Canaa 婚前教育课程和财产盘点。后两项婚前咨询内容正引起越来越多的关注，特别是在那些已经采用“团体婚姻政策”的州，像摩地斯塔州、加利福尼亚州（Milbank，1996）、奥斯汀州、得克萨斯州、大急流域和密歇根州等。[75] 随着国家婚姻救助者组织[76] 的诞生，此类严肃广泛的婚前咨询内容将逐步被宗教派别创立。

如果婚姻出现困难，契约婚姻夫妇双方答应接受某些形式的进一步教育，如试图解决其争执而使婚姻得以维系的咨询。当夫妇遇到困难时，他们可以请律师和教堂[77] 参与旨在加强婚姻的咨询。契约婚姻法允许宗教为其教徒或更广大的公众提供婚姻援助服务。部长、牧师和犹太教领袖是惟一有资格为夫妇提供指导，运用教堂咨询中心或通过使夫妇达成妥协（如成功的天主教重归于好中心）援助夫妇使其婚姻得以维系的人。宗教咨询不同于律师，后者把重心放在个体的精神或自我实现上，而前者的主要目的是维护婚姻（see Doherty，1997；Kramer，1997）。

恢复无过错方的交易能力

契约婚姻试图将交易能力或手段还给那些恪守诺言想要维护

---

〔75〕 Sider (1998)描述了大急流的团体婚姻政策。

〔76〕 婚姻救助组织以会长、Mike McManus、8500 家法院、贝塞斯达、MD20817 为首。Mike McManus 是团体婚姻政策概念的设计师，他指出教堂和犹太人集会对于政策的成功所起的作用是很重要的。因为至少 75% 的美国婚礼都是在教堂举行的，美国圣职者和圣会对于使婚姻获得新生都有特别的责任和特殊的机会。

〔77〕 安法律修正案 9:273(A)(2)(a)(1999 年 1298 号法案 §1 对其进行了修正）：“夫妇双方提供书面陈述，证明他们接受了（牧师、部长、犹太教法学博士、朋友宗教社会组织的职员、任何宗教教派的牧师或）职业婚姻律师所提供的婚前咨询，咨询的内容包括契约婚姻严肃性的讨论，契约婚姻是终身承诺，在出现婚姻困难时寻求婚姻咨询的义务，只有离婚和经过分居判决之后的离婚才是终止契约婚姻的合法理由。”

婚姻的配偶。[78] 单方面的无过错离婚法剥夺了想使婚姻继续的 107
无过错方对过错方提出的离婚上诉进行抗辩的权利。[79] 甚至加利福尼亚大学法学院院长赫莫·希尔·凯,这一仍然拥护无过错离婚法的学者也注意到,单方的无过错离婚"不像是合意的分手而更像遗弃"(Kay,1990,p.8)。契约婚姻立法将无过错离婚的等待期延长为两年,并在配偶一方具有过错的基础上,在等待期内,赋予无过错方很多特权。

无过错方可以运用其交易能力[80] 要求进行认真咨询以维持婚姻或拒绝咨询,并要求对方为自己[81] 和子女[82] 提供更多经

---

〔78〕"众所周知离婚对女性的消极经济影响要大于男性,其中一个原因是因为无过错离婚使无过错方,通常是妻子,丧失了在过错体制下拥有的交易能力。她们同意离婚仅仅是为了换取足够的扶养费、子女抚养费和财产……到 1997 年,那些苦于找不到改善离婚女性经济状况办法的人以及那些刚刚意识到离婚对于儿童的影响的人,与那些出于宗教或道德原因而反对轻易离婚的人组成了一股强大的势力。他们联合起来努力尝试着一条不同的道路"(Samuel, 1997, p. 189)。无过错对渴望维持婚姻一方的影响的例子,见 Spaht (1998b)。

〔79〕"过错既可以作为对要求离婚方进行情感上的辩护的依据,又可以在要求经济保护和子女监护权时享有优先权。如果是这样,那么在解决扶养费、财产分配和子女监护问题时就应该给无过错方更多的权利……但是,如果过错被取消,本可以援引这一根据的无过错方,在商议解除契约和进行离婚诉讼时将处于易受伤害的境地"(Kay, 1990, p.8)。在同一篇文章的后半部分,Kay 补充道:"无过错,无责任的离婚法使经济上独立的一方很容易达成离婚,让人误以为,有关财产的法律好像仅仅是为了寻求婚姻问题的解决,这对经济上非独立的一方是绝对有害的"(p.36)。

〔80〕 Mnookin and Kornhauser (1979)对这种现象进行了描述,又见 Kay (1990)。

〔81〕 如可分得共同财产或婚姻财产中较大的份额或者获得比应得数目更多的扶养费。

〔82〕 在无过错方失业或挣得比对方少,而子女花费最多的时候尤其如此。在路易斯安那州,为 18 岁或 18 岁以上子女提供抚养费,是民法典第 229 条规定的法律义务。与未成年子女抚养费不同的是,成年子女抚养费不包括教育费用(也就是,大学教育)。此外,第 229 条将抚养费限定为食物、衣物和住所,但这只是在他/她没有能力养活自己的情况下。因此,无过错方可以运用她/他的交易能力,以同意她/他在 2 年期限结束之前,以合理理由开始离婚诉讼为交换条件,要求对方答应供子女上大学(也就是,创造信任)。

济利益。除此之外,他(她)还能得到两年的临时补贴,[83] 与前者[84] 相比,补贴的数目常常更大,这笔钱是用来帮助他(她)们提
108 高交易能力的。此外,无过错方有权向拒不履行维护婚姻义务的另一方要求损害赔偿。

由于自己的过错而使家庭"破裂"的一方必须要等两年后才能离婚。等待期间他(她)们要为对方支付比离婚后更高的扶养费用,并且要被迫对其不履行寻求咨询的法律义务做出赔偿。另外,如果想再婚,他(她)们将会成为离婚法改革调整的主要对象。甚至契约婚姻立法的一名批判者也在其著述中承认了其优点:

> 对于寻求离婚的夫妇而言,等待期延长可能有两个好处:首先,通过延长婚姻扶养义务的期限使经济困难一方获得了更多的经济调整的时间;其次,如果配偶双方的婚姻不是不可挽回的,延期可能会促使调解成功。(Carriere,1998,p.1720,n118)

将道德重新写进离婚法和保护无过错方

与治疗文化[85] 所支持的意见一致,实行无过错离婚的动机包括减少离婚诉讼的对抗性,使孩子们免受父母冲突的影响,避免对究竟是哪方行为导致婚姻破裂做"不可能"的证实,和将处罚从婚姻解除过程中剔除。离婚的对抗性从未消失,至少现在路易斯安那对监护权争议中的儿童性虐待问题采用了一种不当的控诉形

---

〔83〕 民法典第 113 条。这种临时补贴可以在离婚前或法定分居前,从夫妇开始分居的时候提出要求。见安法律修正案 9:291。

〔84〕 民法典第 111,112 条。比较临时补贴和最后的定期扶养费的标准。

〔85〕 参见 Glendon(1987,p.107—108)和上面的注解 1。

式。[86] 如果控告夫妻一方对其子女进行性虐待,则必然要求医师对子女进行身体检查,所以对另一方而言,控告他(她)拒绝同居达一年之久甚至通奸,难道不是更可取吗? 除非夫妻双方一致认为他们的关系已经"死亡"或者在婚姻关系中,由于一方的过错,导致信任丧失或感情破裂,否则,离婚的对抗性就无法避免。而且,即使夫妻双方一致认为他们的关系已经"死亡",可孩子们绝大多数是希望父母能在一起的,他们的利益怎么办? 如果孩子的利益和父母的欲望发生矛盾,又会怎么样? 109

将"道德说教"重新写入离婚法(Scheider,1985),这是最让契约婚姻法的批判者们困扰的事。[87] "道德说教"包括社会对婚姻关系中某些行为的一致谴责。重新对配偶的行为进行客观的道德评判威胁到了道德不能立法的观念。[88] 国会和立法机构每天都在进行这种活动。当一个人想要摆脱家庭做"单身者",而立法中的道德因素阻止了他的这种"自由"[89] 时,人们就会反对道德立

---

〔86〕 安法律修正案 9:364,实质上指控配偶一方对其子女性虐待是离婚诉讼中的"原子弹"。如果这种性虐待一经证明,那么虐待者的监护和探视权将被剥夺。

〔87〕 参见,例如, Carriere (1998,p. 1723):"当然,那些严重违犯社会规范,以至于亲属无法对其进行谴责的行为在家庭中较少。西方的文学作品中,很多主张如果配偶一方已经违约,那么另一方可以通奸,虽然这一行为也是违约,而且永远不是正确的。"Ira Ellman 教授极力反对在离婚程序中要求过错(参见,例如,Ellman, 1996, 1997)。他是美国法学会关于家庭解体法的原则这一课题的主要报告者,由于他对过错的强烈反对,所以这一课题没有将过错作为离婚时婚姻财产分配和补偿费用确定的相关因素。

〔88〕 或者,"完美的婚姻不能被立法,因为,'几乎所有结婚的夫妇都相信他们的爱情是永久的,他们的承诺是终身的,但事情有时会改变,人有时也会改变[补充重点]。而且有时,不管做出多少努力和承诺都不能使婚姻成功'"(Lindsay,1998,n 120,引自"困难的离婚会增加痛苦",《辩护人》,1997 年 6 月 13 日,10B)。将这份报纸社论中的语言与 Stackhouse(1997,p. 159)进行对比:"通过契约,他们牢牢地绑在了一起,人类利己、自私、目光短浅和背信弃义的习性被抑制,而利他、宽宏大量、目光长远和信守承诺的美好品质被唤醒。"

〔89〕 "家庭标准化改革[传统家庭由丈夫和妻子组成]威胁着多样性和个人自由的观念,而这正是使社会和家庭更稳定的基础"(Bartlett,1998,p. 818,补充重点)。

法。在违约案件中,没有人会反对制裁违约方,契约的履行需要良好的信誉,如果一方违约,就要对另一方进行赔偿。如果在订约双方是陌生人的情况下,契约法原理中都包含有道德评判的话,那么在是否应对一对结婚 30 年并有三个子女的夫妇进行道德评判的问题上还要犹豫什么呢?

另一反对将过错重新写入离婚法的观点认为过错无法证明。如果有优势证据证明对方犯有通奸或身体虐待的过错,可以立刻执行离婚的判决,而且证据只需视情况而定,可以不是直接证据。当然,让一方去证明另一方犯有通奸罪就跟证明是哪个司机的过错和什么过错导致车祸发生一样的困难。对于人们关心的作伪证
110 问题,由司法部门和律师承担责任。[90] 尽管作伪证应该被定罪,但在法庭上进行欺诈至少需要夫妻双方的配合,而且需要排除现行法律实践中的合法遗弃。

既然契约婚姻立法坚定且更广泛地恢复了离婚诉讼中过错的概念,契约婚姻的存在和夫妇间承诺的加强对于夫妻扶养和子女监护等附加问题应有更重大的意义。如果无过错离婚法的动机是在扶养费和子女监护问题上,不以过错为由进行处罚的话,那么,对无过错制度进行批判的部分目的则是在上述离婚的核心问题上,要考虑过错的因素。

对无过错方发放临时补贴,应以无过错方的需要,对方的支付能力以及他们婚姻期间的生活水平为根据,从而使其生活可以维持现状。[91] 在契约婚姻中,根据无过错方的选择,维持婚姻现状和采取措施维护婚姻的义务可以持续两年时间。两年之内,只要

---

〔90〕 参见 Samuel (1997, p. 193):"当立法对所有夫妇都同样严格时,一些问题恶化部分是由律师和审判员对离婚的态度过于宽松造成的。但如果夫妇双方在进行婚前咨询后,自愿选择了一种严格的离婚制度,律师或审判员将没有理由利用或操纵法律,伪造证据,来影响这对夫妇的离婚过程。"作伪证是律师和审判员应该负责解决的问题。

〔91〕 民法典第 113 条。

无过错方需要,另一方就必须向其支付一定数目的扶养费从而使他们尽可能维持婚姻期间的生活标准。契约婚姻中规定过渡期的目的是想确保在婚姻调节过程中可以采取一切可能的措施来维护婚姻。在"过渡期"维持婚姻现状是想确保严肃认真的调解工作在最佳环境中展开从而可以使婚姻得以维持。最大可能地使无过错方免受经济困扰是合理的,因为契约双方曾经做出过严肃慎重的、具有法律约束力的婚姻承诺。契约婚姻的存在证明在尽可能长的时间里提供临时补贴的做法是正确的。

依据路易斯安那州的法律,法院在对定期扶养费做出最后判决时,必须考虑原告的过错。[92] 法律必须认真对待契约双方经过认真咨询和慎重考虑所做出的承诺:如果其中一方没有信守承诺,他(她)应对后果负责。因此,如果一方证明另一方有构成契约婚姻中的离婚理由的行为或者希望实施法定分居,后者的扶养费请求将被否决。另外,证明对方犯有如此过错的那方应被视为无过错方,而另一方如果也想证明自己无过错的话,必须要提供清楚明白和令人信服的证据。[93]

在对子女监护权做出决定时要考虑到一方所犯过错的性质,尤其要考虑到道德适合度问题。[94] 契约婚姻的最终目的是加强婚姻,社会对于婚姻关系中让人无法容忍的行为进行一致评判是其实现此目的的方式之一。契约婚姻为配偶们提供了一个比法律更有力的承诺,让他们有机会以此来约束自己。婚姻契约有利于儿童的权益,所以人们接受并自愿选择了这种方式,因此就要在婚姻期间接受社会对他们行为的评判。他们应该可以预想到,其行为违背这一神圣的契约所要承担的后果,尤其是对于他们和子女之间关系的影响。

111

---

〔92〕 民法典第 111 条。

〔93〕 见 Spaht (1998a), pp. 127—129。

〔94〕 民法典第 131 条,第 134 条第 6 款。

允许配偶一方在没有合理理由的情况下随意破坏一个五口之家，尤其当他(她)是道德上具有过错的一方时，却得不到应有的惩罚，这一现象对美国社会具有破坏作用。在当今离婚率和同居率不断高涨的情况下，证明它们的社会破坏力的证据也越来越多，负责任的政策制定者们再也不能坐视不管必须马上采取行动。希望契约婚姻立法仅仅是维护婚姻制度(家庭建立的基础)意识苏醒的开端。

五、结论

透过几个世纪的经验我们得知，使婚姻形成、保持和解除的规范达到平衡是西方的传统。我们从中得到的教训是，调整婚姻形成和解除的规范必须相对严格……正如我们今天看到的，宽松的婚姻形成规定必须有宽松的解除规定。要解决“婚姻的现代问题”需要对婚姻的开始和终结进行制度改革。(Witte, 1997, pp. 217—218)

契约婚姻立法实现了婚姻形成、保持和解除规范的平衡。它通过强制婚前咨询和对由律师和公证人参与的文书的执行调整婚
112 姻的形成。[95] 通过婚姻契约条款的规定，契约婚姻法把采取一切可能的措施尽力维护婚姻的义务强加给了配偶。[96] 最后，但并非最不重要，契约婚姻立法包含了更多有关离婚的严格规定。[97]

婚姻曾被玛吉·加拉格尔描述为惟一的我们大多数人均可尝

---

〔95〕 安法律修正案 9:273(A) (1999 年 1298 号法案 § 1 对它进行了修正)和(B) (1997 年 1380 号法案 § 3 对它进行了修正)。

〔96〕 同上，§ 273 (A) (1)。

〔97〕 同上，§ 307。

试的真正的英雄行为。[98] 离婚的轻而易举使我们失去了这次表现英雄气概的机会。契约婚姻在路易斯安那州的实行同样是英雄行为,是一种自我牺牲精神的表现。此外,

> 在现在这一历史关键时刻,可能真正要紧的是,路易斯安那州的立法机构已经认识到了美国无过错离婚浪潮的危害,而且大多数人已经开始支持改变这种状况……曾经走到婚姻悬崖边上的美国人现在正开始致力于改革基本的法律框架,它曾差点成为埋葬婚姻制度的帮凶。英国和其他欧洲国家可以之为榜样,不要等一切都像美国那么糟糕时才慌了手脚。(Rowthorn,1999,p.688)

而且,想想看,路易斯安那州已经开始从悬崖边上撤退了。　113

参考文献

Ahrons, Constance (1985), *The Good Divorce: Keeping Your Family Together When Your Marriage Comes Apart*, New York: HarperCollins.

Amato, Paul and Stacy Rogers (1999), "Do Attitudes toward Divorce Affect Marital Quality?" *Journal of Family Issues*, 20,69—86.

Amato, Paul and Alan Booth (1997), *A Generation at Risk*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Bartlett, Katharine T. (1998), "Saving the Family from the Reformers", *University of California at Davis Law Review*, 31,809—835.

Bellah, Robert (1985), *Habits of the Heart*, *Berkeley*: University of California Press.

---

〔98〕 Gallagher (1996, p. 265):"敢于对爱情忠贞做出终身承诺是我们大部分人所曾经能做的最了不起的事。但随着婚姻的废除,可以让我们一展英雄主义的这最后的机会也没有了。"

Blankenhorn, David (1995), *Fatherless America*, New York: Harper Perennial.

Brinig, Margaret F. (1998), "Economics, Law and Covenant Marriage", *Gender Issues*, 16,4—34.

Brinig, Margaret F. and F. H. Buckley (1998), "No-Fault Law and at Fault People", *International Review of Law and Economics*, 18,235—325.

Carlson, Allan (1998), "The Family, Public Policy & Democracy: Lessons from the Swedish Experiment", *The Family in America* (Newsletter of the Howard Center for Family, Religion & Society), 12,7.

Cartiere, Jeanne (1998), "It's Deja Vu All Over Again: The Covenant Marriage Act in Popular Cultural Perception and Legal Reality", *Tulane Law Review*, 72, 1701—1748.

Carter, Terry (1997a), "Stealth Anti-Divorce Weapon", *American Bar Association Journal*, 28.

Carter, Terry (1997b), "End No-Fault Divorce? Yes: Maggie Gallagher; No: Barbara Dafoe Whitehead", *First Things*, August/September, 24.

Cherlin, Andrew J. (1993), "Nostalgia as Family Policy", *The Public Interest*, 110, 1—8.

Cherlin, Andrew J., P. Lindsay Chase-Lansdale, and Christine McRae (1998), "Effects of Parental Divorce on Mental Health through the Life Course", *American Sociological Review*, 63,239—249.

Cherlin, Andrew J., Frank F. Furstenberg, Jr., P. Lindsay Chase-Lansdale, Kathleen E. Kiernan, Philip K. Robins, Donna Ruane Morrison, and Julien O. Teitler (1991), "Longitudinal Studies of Effects of Divorce on Children in Great Britain and the United States", *Science*, 252,1386—1389.

Demo, David and Alan Acock (1988), "The Impact of Divorce on Children: An Assessment of Recent Evidence", *Journal of Marriage and Family*, 50,619—622.

Doherty, William J. (1997), "How Therapists Threaten Marriages", *The Responsive Community*, 7,31—42.

Ellman, Ira Mark (1996), "The Place of Fault in a Modem Divorce Law", *Arizona State Law Journal*, 28,773—838.

(1997), "The Misguided Movement to Revive Fault Divorce, and Why Reformers Should Look Instead to the American Law Institute", *International Journal of Law Policy and Family*, 11,216—245.

Ellman, Ira Mark and Sharon Lohr (1997), "Marriage as Contract, Opportunistic Violence, and Other Bad Arguments for Fault Divorce", *University of Illinois Law Review*, 3,719—772.

Ellwood, David (1988), *Poor Support*: *Poverty in the American Family*, New York: Basic Books.

Fagan, Patrick F. (1999), "How Broken Families Rob Children of Their Chances for Future Prosperity", *Heritage Foundation*, 11 June.

Fagan, Patrick F., William H. G. FitzGerald, Sr., and Dorothy B. Hanks (1997), "The Child Abuse Crisis: The Disintegration of Marriage, Family, and the American Community", Roe Backgrounder No. 1115, *Heritage Foundation*, 15 May.

Forehand, Rex, Lisa Armistead, and Corinne David (1997), "Is Adolescent Adjustment Following Parental Divorce a Function of Predivorce Adjustment?" *Journal of Abnormal Child Psychology*, 25,157—164.

Friedberg, Leora (1998), "Did Unilateral Divorce Raise Divorce Rates? Evidence from Panel Data", *American Economic Review*, 88,608—627.

Gallagher, Maggie (1996), *The Abolition of Marriage*: *How We Destroy Lasting Love*, Washington DC: Regnery.

Gallagher, Maggie and David Blankenhorn (1997), "Family Feud", *The American Project*, pp. 12—15.

Glendon, Mary Ann (1984), "Family Law in the 1980s", *Louisiana Law Review*, 44, 1553—1574.

(1987), *Divorce and Abortion in Western Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

(1991), *The Missing Dimension of Sociality*, *Rights Talk*: *The Impoverishment of Political Discourse*, New York: Free Press,109—44.

Glendon, Mary Ann and David Blankenhorn (eds.) (1995); *Seedbeds of Virtue*: *Sources of Competence*, *Character*, *and Citizenship in American Society*, Lanham, MD: Madison Books.

Guidubaldi, John (1988), "Differences in Children's Divorce Adjustment across Grade Level and Gender: A Report from NASP-Kent State Nationwide Proiect", in Sharlene A. Wolchik and Paul Karoly (eds.), *Children of Divorce: Empirical Perspectives on Divorce*, New York: Gardner Press.

Hoffman, Saul and Greg Duncan (1988), "What Are the Economic Consequences of Divorce?" *Demography*, 25,641—645.

Horn, Wade E. (1998), "Strong Case for Staying Together Despite Discord", *Washington Times*, National Weekly Edition, 18 January, p. 25.

(1999), "Divorce-If You Believe in It... It May Come", *Fatherhood Today*, 4, 3—4.

Institute for American Values (1998), "Call to a Civil Society", Council on Civil Society and University of Chicago Divinity School, 28 May.

Kammack, E. and W. Galston (1990), *Putting Children First: A Progressive Family Policy for the 1990s*, Washington DC: Progressive Policy Institute.

Kay, Herma Hill (1990), "Beyond No-Fault: New Directions in Divorce Reform", in Stephen Sugarman and Herma Hill Kay (eds.), *Divorce Reform at the Crossroads*, New Haven, CT: Yale University Press.

Kramer, Peter (1997), "Divorce and Our National Values", *New York Times*, 29 August.

Kunz, Jenifer (1992), "The Effects of Divorce on Children", in Stephen Bahr (ed.), *Family Research: A Sixty-Year Review, 1930—1990*, New York: Lexington Books, 325—376.

Laconte, Joe (1998), "I'll Stand Bayou", *Policy Review*, 89,30—33.

Larson, David B., James B. Swyers, and Susan S. Larson (1996), *The Costly Conse-quences of Divorce: Assessing the Clinical, Economic, and Public Health Impact of Marital Disruption in the United States*, Rockville, IL: National Institute for Healthcare Research.

Lindsay, Nicole D. (1998), "Marriage and Divorce: Degrees of 'I Do,' An Analysis of the Ever-Changing Paradigm of Divorce", *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, 9,265—286.

McLanahan, Sara S. and Gary Sandefur (1994), *Growing up with a Sin-*

gle-*Parent*: *What Hurts*, *What Helps*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Milbank, Dana (1996), "Demographics: More Get Marriage Counseling before Marriage", *Wall Street Journal*, B 1, 6 February.

Mnookin, Robert and Lewis Komhauser (1979), "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", *Yale Law Journal*, 88,950—997.

Neuhaus, Richard John (1984), *The Naked Public Square: Religion and Democracy in America*, Grand Rapids, MI: Eerdmans.

Oldham, J. Thomas (1997), "ALI Principles of Family Dissolution: Some Comments", *University of Illinois Law Review*, 1997,801—831.

Parkman, Allen M. (1993), "Reform of the Divorce Provisions of the Marriage Contract", *Brigham Young University Journal of Public Law*, 8,91—106.

Peterson, Richard R. (1996), "A Re-Evaluation of the Economic Consequences of Divorce", *American Sociological Review*, 61,528—536.

Pope John Paul II (1994), Apostolic Exhortation: *The Role of the Christian Family in the Modern World*, Washington, D. C.: US Catholic Conference.

Popenoe, David (1992), "Fostering the New Familism", *The Responsive Community*, 2,31—34.

Popenoe, David and Barbara Dafoe Whitehead (1999a), "The State of Our Unions", *National Marriage Project*, Rutgers, State University of New Jersey, July.

(1999b), "Should We Live Together? What Young Adults Need to Know about Cohabitation before Marriage", *National Marriage Project*, Rutgers, State University of New Jersey, February.

Rowthom, Robert (1999), "Marriage and Trust: Some Lessons from Economics", *Cambridge Journal of Economics*, 23,661—691.

Rozier, Katherine (1998), "No Honeymoon for Covenant Marriage", *Wall Street Journal*, 17 August.

Samuel, Cynthia S. (1997), "Letter from Louisiana: An Obituary for Forced Heirship and a Birth Announcement for Covenant Marriage", *Tulane*

European and Civil Law Forum, 12,189—190.

Schneider, Carl E. (1985), "Moral Discourse and the Transformation of American Family Law", *Michigan Law Review*, 83,1803—1840.

Scott, Elizabeth S. (1990), "Rational Decisionmaking about Marriage and Divorce", *Virginia Law Review*, 76,9—94.

Scott, Elizabeth S. and Robert E. Scott (1998), "Marriage as a Relational Contract", *Virginia Law Review*, 84,1225—1334.

Sedlak, Andrea J. and Diane Broadhurst (1996), "The Third National Incidence Study of Child Abuse and Neglect", (NIS-3): Final Report, *U.S. Department of Health and Human Services, National Center on Child Abuse and Neglect*, Washington DC, September.

Sider, Roger (1998), "Grand Rapids (Michigan) Erects a Civic Tent for Marriage", *Policy Review*, 78,6—7.

Simons, Ronald L. (1996), *Understanding Differences between Divorced and Intact Families: Stress Interaction, and Child Outcome*, Thousand Oaks, CA: Sage Publications.

Spaht, Katherine Shaw (1998a), "Louisiana's Covenant Marriage: Social Analysis and Legal Implications", *Louisiana Law Review*, 59,63—130.

(1998b), "Why Covenant Marriage? A Change in the Culture for the Sake of the Children", *Louisiana Bar Journal*, 46, 116—121.

(1999), *The Family as Community Act*, a position paper of the Communitarian Network, New York: Rowman & Littlefield.

Spaht, Katherine Shaw and Symeon Symeonides (1999), "Covenant Marriage and Conflict of Laws", *Creighton Law Review*, 32,1085—1120.

Stackhouse, Max L. (1997), *Covenant & Commitments: Faith, Family, and Economic Life*, Louisville, KY: Westminster John Knox Press.

Stanton, Glenn S. (1997), *Why Marriage Matters: Reasons to Believe in Marriage in Post-Modern Society*, Colorado Springs, Co: Pinon.

Stroup, Atlee L. and Gene E. Pollock (1994), "Economic Consequences of Marital Dissolution", *Journal of Divorce and Remarriage*, 22,37—54.

Sugarman, Stephen D. and Herma Hill Kay (eds.) (1991), *Divorce Reform at the Crossroads*, New Haven, CT: Yale University Press.

Teitelbaum, Lee E. (1996), "The Last Decade(s) of American Family Law", *Journal of Legal Education*, 46,546—548.

Thornton, A. (1989), "Changing Views towards Family Issues in the United States", *Journal of Marriage and the Family*, 51,873—893.

Waite, Linda S. and Maggie Gallagher (2000), *The Case for Marriage*, New York: Doubleday.

Wallerstein, Judith (1997), unpublished paper presented at the Association of Family and Conciliation Courts conference, San Francisco, June 6.

Wallerstein, Judith and Sandra Blakeslee (1989), *Second Chances: Men, Women, and Children a Decade after Divorce*, Boston: Houghton Mifflin.

(1996) *The Good Marriage: How and Why Love Lasts*, New York: Houghton Mifflin.

Wallerstein, Judith and Joan Berlin Kelly (1980), *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope With Divorce*. New York: Basic Books.

Wallerstein, Judith S., Julia Lewis, and Sandra Blakeslee (2000), *The Unexpected Legacy of Divorce: A 25-Year Landmark Study*, New York: Hyperion.

Wardle, Lynn D. (1991), "No-Fault Divorce and the Divorce Conundrum", *Brigham Young University Law Review*, 79,79—142.

Weitzman, Lenore (1985), *The Divorce Revolution: The Unintended Social and Economic Consequences on Women and Children in America*, New York: Free Press.

Whelan, Robert (1993), *Broken Homes & Battered Children: A Study of the Relationship between Child Abuse and Family Type*, London: Family Education Trust.

Whitehead, Barbara Dafoe (1993), "Dan Quayle Was Right", *The Atlantic Monthly*, 271, 47—82.

(1997), *The Divorce Culture*, New York: Knopf.

Witte, Jr., John (1997), *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion and Law in the Western Tradition*, Louisville, KY: Westminster John Knox Press.

Wolfe, Christopher (1995), "The Marriage of Your Choice", *First*

Things, February, 37—41.

Yankelovich, Daniel (1992), "Foreign Policy after the Election", *Foreign Affairs*, 7(1),3—4.

Younger, Judith T. (1981), "Marital Regimes: A Story of Compromise and Demoralization, together with Criticism and Suggestions for Reform", *Cornell Law Review*, 67,45—102.

第七章　同居与婚姻

安东尼·W·丹尼斯

一、概述

男女以婚姻的形式居住在一起，但未举行被认可的婚姻仪式或不符合法律上的要求，即为同居。最近几十年，这种不正式的关系大量存在并飞速增长。同居这种类婚姻状态使双方担负极少的婚姻法定义务。在英格兰，从 1753 年《议会法案》以后，同居在法律上不被认可。尽管法律委员会目前已经开始讨论其合法性问题，但同居意味着一方可以将另一方驱逐出门，但被驱逐方无权主张任何财产权利。在其他地区，例如美国的一些州或欧洲大陆国家，同居被给予更多的法律上的认可，但相对婚姻而言，仍有诸多限制。美国的一些州认可同居合同。例如在马文“夫妇”一案中(1976)，[1] 法院就是用合同法而不是家庭法来调整同居关系。

有些问题很值得关注。为什么男女双方愿意采用这种担负较少义务的形式？同居大量增长的趋势在某种意义上是否意味着他

---

〔1〕 18 Cal. 3d 660 (Cal. 1976)。Michelle Marvin 与 Lee Marvin 达成口头同居协议。协议规定：双方在同居期间齐心协力，将两人共同收入用于生活，并分享共同财产；Michelle 在同居生活中扮演伴侣、家庭主妇和厨师的角色，她放弃了自己的事业，不再做歌手和演员；而 Lee 为她以后的生活提供物质支持。后来，Lee 逼迫 Michelle 离开他的住处，并拒绝给其任何经济支持以及财产。法院认为该协议的条款没有任何违法之处。这为以后法院审判提供了判例，使相似处境的人可以得到合理的救济。

们拥有福利做后盾？如果是这样，这种趋势可以说是有效率的。但换一个角度，是否存在某种婚姻障碍，这种障碍影响到每个人的利益。进一步来说，如果同居现象愈演愈烈，应该如何理性地对
118 待它？

二、同居趋势

同居，意味着“战后”社会行为的重大转变。1960—2000 年，这种趋势同时在欧洲和北美蔓延开来。[2] 以英格兰为例，每 1000 名男性中，首次结婚的人数由 70 人降到 30 人。人们新婚的年龄明显上升，例如，在英格兰，男女结婚年龄比以前大三岁。在出生人口中，未婚生育由原来的 5% 增加到 35%。此外，20—50 岁的女性中，同居的比例是原来的三倍。最后，众所周知，过去 30 年中，离婚率急剧上升。

这种趋势说明人们的行为已经不同于以往，正远离婚姻。其主要表现是结婚率下降，而离婚率上升。不同于 18 世纪的英国，如今，同居已不再是结婚的前奏。尽管同居者常常宣称同居是一种“试婚”(Lewis、Datte and Sarre, 1999)，但这种论调只有在双方已有结婚意向时才成立。事实上，同居的结果更多的并不是结婚。而且，20 世纪 70 年代后期，离婚率增加以后，同居甚至变得比婚姻更不稳定。事实上，人们或者以同居代替婚姻或在短暂的“试婚”之后分手。令人费解的是，以同居代替婚姻实际上对女性更为不利。婚姻是鼓励长期的家庭投资的有效机制，因而，在无婚姻状态下，女性的行为比较容易表现出机会主义倾向（Williamson, 1985）。

---

〔2〕 以下的数字是英格兰的情况，由《人口趋势》统计得出(HMSO, 1999)。

三、同居与婚姻的对比

要分析同居现象，必须将其与婚姻对比。这里，将婚姻视为婚姻双方的契约，尽管婚姻比契约的出现早得多。另一点需要注意的是，婚姻契约的自由受到更多的限制，例如在结婚和离婚问题上。而且，这种类比的方法最终将着眼于法律上的契约或信托关系。从契约的角度着手研究的优势在于契约的诸要素在婚姻中均有所体现，虽然只是在一定限度之内。 119

契约分析法具有极强的综合性，尤其在涉及亲属关系的合同时(Scott and Scott，1998)。因为随着时间推移，婚姻关系不断发展变化，并且依附于一定的社会行为准则。而抛弃契约分析法并不可行，因为婚姻中确实存在固有的经济关系。例如，离婚时共同财产的分割。经济分析将婚姻和同居视为当事人理性选择的结果，双方试图从各自行为中获取收益。这种收益既包括经济上的，又包括其他方面，典型的例子是精神上的。尽管这种契约分析方法并不局限于分析金钱问题，但它在讨论结婚和离婚时相关金钱问题，包括子女抚养等，着实更为有效。事实上，金钱的因素在讨论长期关系时成为主导因素。正是从这种意义上公共政策的制定和法院的审判更注重财产问题而不是感情问题。[3]

那些反对用经济方法分析婚姻问题的学者对贝克尔早期的作品(1991)常表示质疑。事实上，贝克尔的家庭模型中渗透了过多的利他主义因素。但是，许多现代的制度经济学家反对这一模型，因为它有过多的限制，不具有代表性(Lundberg and Pollak，1996)。贝克尔把婚姻视为寻找过程与结合过程的交点。家庭具有生产功

---

〔3〕 众所周知的相关案例是美国的 Piper v. Hoard，107 N. Y. 73，13 N. E. 626 (1887)(法院不关心双方的感情问题，而着眼于婚姻财产问题)。

能,家庭中有效率的劳动分工,尤其是生产共同的婚姻"产品",例如子女。[4] 如果把目标定为整个婚姻市场,寻找的目标是广泛的;而如果把目标确定在一定范围之内,则这种寻找又是相对细致的(Oppenheimer,1988)。离婚是在再婚市场上重新选择的结果,也是第一次选择的是无效率的结果(Becker、Landes and Michael,1977)。对于同居的动机和离婚阴影下的双方不合作行为,贝克尔的家庭模型没有说服力。

贝克尔和其他"传统主义者"把婚姻看成是家庭服务的交换,尤其对于女性来说,是用家庭服务换取长期的经济扶养(Carbone and Brinig,1991)。婚姻的产出包括共同婚姻产品,例如子女和共同生活的其他方面以及从婚姻中可得到的个人利益,例如互惠的人寿保险或健康保险。婚姻通常会有盈余,即一些必须在婚姻双方中进行分配的净收益。婚姻中的许多投资,例如养育子女,在性
120 质上是长期投资(变成沉没成本)。当法律允许自由离婚或同居,但对双方分开后的扶养义务以及对违反契约的裁决上没有较完善的制度时,贝克尔关于婚姻的观点值得关注。尤其是,如果丈夫可以轻而易举抛弃妻子,这降低了妻子对家庭生产投资的积极性,这种积极性的降低在同居现象中更为明显。

最近,经济学家关注同居情况,以及家庭交易模型。在这些方面,人们表现出自私和机会主义倾向。劳埃德·科恩在其著述中就提到这种行为。婚姻和同居都要求双方承诺互相扶持。这种扶持的价值关键依靠双方对彼此关系的态度。[5] 在传统婚姻中,妻子提供的许多家庭服务发生在婚姻的早期,而丈夫的扶养能力则随着其事业发展不断增强。因而,双方在经济上和婚姻市场的机会

---

〔4〕 共同物品(严格来说是公共物品)是指一个人的消费不排除另一个人的消费,即两个人或更多人可以分享该物品。父母双方应有同一个孩子,即两个人可以分享他。

〔5〕 对于结婚的人来说,法律明确规定双方有互相扶持的义务。这不同于以往的法律,只在对方生活必需时,另一方才有扶养义务。

上会有较大差异(假设爱情随着婚姻时间的推移而褪色)。这样,夫妻中的一方就有违反契约的动机。分居或离婚都会给当事人带来成本,这个成本至少等于寻找一个具有相同"价值"的伴侣的成本。科恩在其著作的第二章中提到,作为不愿意离婚的一方,其离婚的风险和成本被不均匀地分配。法院可能判决丈夫为其婚姻早期享受的来自妻子的服务进行支付,并在离婚后仍需从其收入中拿出一部分扶养妻子。丈夫再婚,同样也要扶养新婚妻子(Dnes, 1998)。年纪稍大的离异妇女,特别是有孩子的,与相同年龄段的男性相比,很难再婚。尤其是 45—54 岁的离异女性,其再婚的可能性只有同年龄段男性的一半。

在同居情况下,双方只能依靠同居关系中的自然"抵押",以避免或限制上述种种机会主义行为。这种"抵押"可能是孩子,有了孩子,同居中的一方可能希望保持这种契约关系。而且,寻找新的同居伴侣的成本或单身生活所受的非议,可能会使人们长期居住在一起。在婚姻状态下,这种"抵押"包括子女及配偶的扶养费以及根据成文法或判例法分割夫妻共同财产等,它们虽然是法定义务,但在那些有子女抚养立法的国家,同居解体和婚姻破裂对子女抚养费的支付没有区别。但是,很明显,对那些希望在关系终结时,避免承担义务或减轻义务的人来说,选择同居更明智一些。 121

这里,暂且不论再婚对象的机会主义行为。其实,同居和婚姻对双方的精神利益相差无几,都是一方自愿把自己交付给另一方,这是爱情价值的最好体现。但不可否认的是,在婚姻状态下,这种体现更为明显,因为婚姻破裂的成本更大。对那些希望保持长期关系的人来说,若对方向其表达了爱情和同样的愿望,这是一个极有价值的信号。在其他方面,婚姻为当事人提供了保险:若妻子放弃寻找新伴侣的自由,而如果丈夫做出同样的承诺,其预期将得到改善的话,丈夫也会放弃这样的自由。但婚姻和同居都能使一方在对方年老、疾病或有其他重大变故时提供扶持。尽管,最初,婚姻的承诺更强一些,但依据波斯纳(1992)的理论,婚姻和同居都能

满足人们基本的需要。

四、理想的同居状况

司法裁决如果对义务的承担处理不当，例如，支付扶养费的时间过长等，将导致过多或过少的离婚、结婚和同居现象。这使人们开始考虑，离婚率应该存在一个理想水平。离婚应该建立在这样的规则之下：当违约方（即想离婚的一方或过错方）可以补偿受害方的损失时，允许离婚（Dnes，1998，p. 343）。同样，同居和结婚也应该有各自的理想的水平。

理想的同居状况是什么样的？从同居者的角度来看，当双方彼此了解，并且都不愿意受长期的法定婚姻义务约束时，同居达到最佳效果。而在存在欺诈时，例如一方谎称不能结婚，则同居不是最佳的。同样，如果一方错误地认为婚姻法规定了长期的财产分享义务（实际上，英格兰和美国的一些州的法律并没有这样的规定），而采用同居方式，这时，同居也不是最佳的。英国一些研究同居的著作（Lewis、Datte and Sarre，1999）回避了一个关键问题，即同居是否真的不能被认做普通法上的婚姻。因此，关于这一问题
122 并没有确切论据。我曾与一些英国和美国的妇女讨论过这一问题。我发现，那种错误地认为同居就是婚姻，并且和婚姻承担同样义务的现象极为普遍。偶尔，甚至媒体也会对一些轰动的离婚案进行报道。一方以前的性伴侣会惊讶地发现，自己也会分得一定财产。因此，借用合同法上的术语，至少有些同居是基于重大误解。这时，同居对双方来说并不是最佳选择。

显然，如果双方清楚地知道，彼此选择同居是故意规避婚姻法，而且认为这种方式对自己更为有利，那么，同居达到最理想的效果。以下，用不同的案例来说明基于不同的原因，同居都可能达到最佳效果。在所有这些案例中，假设双方对婚姻和同居的区别

了如指掌。

案例一　詹姆斯和安妮

詹姆斯和安妮在英国伦敦卡姆登城的问题少年学校教书时相识。两个人的事业发展水平相差无几，而且都希望能够继续发展事业。校方同意，如果安妮中断工作，生育子女，她会享受到短期的带薪产假。和詹姆斯相比，即使将来两人分开，安妮也清楚地知道自己不会处于劣势。她也很清楚，传统意义上的妻子在与其相似的状况下，面临的选择很少。詹姆斯和安妮达成协议，用共同的收入负担生活。同时，他们也就分手后财产分配达成协议。他们都清楚，一旦分手，儿童抚养机构会决定抚养费的支付问题。他们坚信自己所认为的平等，选择同居，而不是婚姻这种义务上不对称的形式。

案例二　南希和道格

南希非常富有，而且不希望因为婚姻而使自己的财富减少。她从其母亲，一个成功的美国工程师那儿继承了一笔财产。南希不是一个浪漫的人，但她也希望有一个伴侣，也在聚会或其他类似场合像其他人一样有个人在身边。道格在遇到南希之前是纽约北部的一个网球教练。他很清楚，选择与南希生活在一起会迅速提高他的生活水平。实际上，他也承认自己只是一个“掘金者”。两人达成协议，如果同居关系结束，道格会得到适度的金钱补偿。道格也明白，不论同居期间或同居关系结束之后，他永远不可能在实质上分得南希的财产或收入，但他很高兴这种选择比其他可能的选择更能使他的生活得到改善。

案例三　特拉维斯和劳拉

与案例二相似，不同的是男方富有，劳拉和富有的特拉维斯同居。

案例四 尼尔和杰曼

尼尔和杰曼属于另一种情况。两个人都不富有。他们和自己的
123 狗住在一起,依靠社会保险和在诺丁汉的大街上卖无主杂志生活。两人都不希望结婚,而且,同居并没有改变他们彼此互相扶持的信念。

案例五 诺埃尔和格特鲁德

两人都是伦敦高级展览商人,他们同居的目的是试婚。但当二人意识到他们做了错误的选择时,便决定分手,而不结婚。

在上述案例中,同居都是有效率的,除非当事人一方或双方没有订约能力。从案例中可以看出,当事人清楚地知道自己的处境,并且认为同居可以比婚姻更有效地改善自身的状况。在这些案例中,惟一可能破坏这种最佳选择的情形是,来自第三方的外部影响超过了双方同居的收益。实际中,最可能的外部影响来自孩子。虽然对非婚生子女的社会舆论压力已不像以前那么大,但不管是离婚还是同居关系结束,对子女都会造成不利影响(Popenoe,1996)。因此,这种对同居的外部影响可能是金钱上的,也可能是同居关系结束后的抚养义务。但在现代子女抚养机构的制度下,子女抚养对分手的双方或离异的双方的影响没有区别。因此,研究可以把目光主要集中在同居对当事人利益这一问题上。

通过以上分析,可以初步得出结论,从理性人的角度来看,同居并不是结婚的前奏。确切地说,同居是由于各种原因,个体回避婚姻而选择的一种结合方式。因此,可以说,同居是当事人的理性选择。

五、同居——对经济状况变化的反应

关于同居最佳性的另一个问题是,同居的急剧增长是否是对

社会状况变化的一种理性反应。暂不考虑法律上的变化，其他的明显的社会变化是，女性经济独立性的增强和男性经济财富的减少。正如奥本海默(1988)所指出的，男性进入经济成熟期步伐的减缓以及女性经济上的独立性，推迟了结婚时间。这时，同居变得更有吸引力。 124

从20世纪60年代起，25岁左右的年轻男性的平均收入相对于45岁左右的男性的平均收入来说有所下降。奥本海默(1988)指出，1950—1970年，年轻的美国男性的平均收入绝对下降了大约20%。因此，年轻男性需要更多的时间达到经济成熟期。他们对渴望婚姻的女性不具有吸引力，因为他们失业的几率较大，而找到一份高薪工作却很难。现在的工作比几十年前需要更多的人力资本的投入。奥本海默认为，在有关战争或贸易圈与结婚率的关系的数据中，男性的经济财富是引起各种变化的重要因素。

大约从20世纪50年代起，25—40岁的女性的劳动力市场参与率，与同年龄段的男性相比，从40%增长到80%。女性实际工资在同时期也有所增长，尽管仍比男性工资低。女性积极参与到工作中来，尽管她们并未完全意识到这种现象的价值。

女性经济独立性的增强和男性经济成熟期的减缓，增加了过早结婚的不确定性。根据贝克尔的寻找理论，这种情形会引起两种理性反应：其一，人们将更认真更广泛地寻找一个长期的性伴侣，因此，将结婚推迟了。其二，人们需要更深入地了解和评价未来的伴侣，这样，同居为减少婚姻的不稳定性提供了一种有效的机制。此外，由于现代避孕方法的使用，意外怀孕的风险大大降低。可以说，即使同居关系终结，但某种意义上，这其实是避免了一场失败的婚姻。

如果同居是降低婚姻不确定性的理性选择，那么公共政策鼓励同居者结婚实际上是个误导。如果同居者本不想结婚，却迫于政策不得不结婚，这实际上增加了离婚率。现今世界与20世纪30年代已大不相同，毫不奇怪，同居与婚姻情况也与以前大相径庭。

六、司法影响

选择同居而不是结婚的也可能是婚姻法功能的不完善导致的意料之外的结果。如果双方在婚姻中,能够分享双方行为的共同净收益,那么婚姻是有效率的。若在婚姻中,双方总收益变为负
125 值,即心理和生理上的总收益为负值,则婚姻是无效率的。因此,有必要研究离婚法中引起这种现象的原因,看其如何使人们产生同居的动机。

假设在某一必须经双方合意才能离婚的制度下,夫妻一方希望离婚。这种情况下,若双方的婚姻收益是负值,那么,双方很容易同意离婚。但如果一方获得收益,另一方受到损失,受损失一方为使对方同意离婚,必须对其予以补偿。可以肯定,在这种制度下,没有人愿意违背自己的意志而离婚,使自己的境况恶化。只有一方获益的婚姻中极易发生交易,这种交易可能有两种情况:其一,可能想离婚的一方"出钱购买"婚姻收益;其二,除非双方总盈余为负值,否则不会离婚,因此,亏损一方会购买对方的收益,以改善自己的状况。可以说,当有效率的离婚发生,无效率的婚姻终结时,双方的状况会得到改善。

实践中,过高的交易成本妨碍了离婚法所要求的双方合意这一制度的功能的发挥。经典的交易案例是,双方彼此了解,沟通的交易成本较小,而且法律对财产权定义准确,法经济学支持这种情况下的交易(Calabresi and Melamed,1972)。如果婚姻中存在不可分割的财产,例如子女监护权,则交易很难达成(Zelder,1993)。同样,若法律对在婚姻期间增值的资产限制交易(Dnes,1998)或一方故意超出自己实际需要,要求更多的补偿时,交易也很难达成。这些问题不是本文要讨论的中心议题,这里就不再展开。这里要说的是,双方合意的离婚制度为人们考虑有效率的离婚提供了一个

基线:若一方自愿接受补偿,则双方状况都会得到改善。

如果婚姻法把补偿一方在婚姻中的全部损失的义务强加给另一方,那么,类似于合同法中的"期待利益的损失"将发挥作用(Dnes,1998)。这种制度也将确保只有有效率的离婚才会发生。法院的介入将更好地保护儿童的权益,也将合理调整那些故意要求更高赔偿的情况。在其他制度下,例如,法院依靠自由裁量权,在满足实际需要的目的下分配夫妻财产和收入或者基于补偿原则或信赖保护原则分配财产(Trebilcock,1993),这都会导致无效率的离婚。例如,假设一位妻子和母亲希望摆脱对其只有成本而无 126
收益的婚姻,而夫妻共同财产只是一套房子。那么,在以实际需要为基础的法律制度之下,房子应归妻子所有,这样,丈夫实际上失去了与妻子进行交易的资本。此时,不管他们继续维持婚姻会有多少收益,丈夫都无法说服妻子不离婚。可以说,是法律剥夺了丈夫交易的权利。了解了这种法律制度,男性可能就会避免涉足婚姻(或者至少避免以一定方式持有房子等类似资产)。各种案例也可以表明,补偿方法与信赖保护方法都不足以解决这一问题(Dnes,1998)。

那些强调女性结婚存在机会成本的学者经常建议使用信赖保护的方法。许多家庭法制度中也存在这些因素(尽管 1980 年,英格兰法律委员会拒绝采用这一方法,因为其中包含了过多的投机行为)。这里的机会成本是指女性因为结婚所放弃的那些选择所具有的价值。在合同法中,这一成本以信赖利益的损失大小来计算。机会成本类似于浪费了的支出,这种方法是将女性重新置于假设她不结婚而会选择的位置。许多女性因为结婚或生孩子而失去工作或放弃工作,这些损失都是她们的机会成本,这一点在司科特夫妇的离婚案中有很好的体现(1998)。但值得注意的是,在信赖保护制度下,离婚对女强人(或婚前经济能力较差的女性)来说,意义并不大。她们并不能得到很多补偿,因为她们在婚姻中并未失去什么。

除非双方期待利益的损失是一致的，否则，信赖标准的运用将使离婚变得“便宜”。假设女性期望通过婚姻改善生活，期待利益超过了信赖利益。[6] 一些男性想和妻子离婚，但法律规定其要对妻子的信赖利益的损失进行补偿，这使其对离婚望而却步。了解到这些，女性对承诺的期望降低，也不再那么愿意结婚。而实际上，男性很难给女性可靠的承诺。而补偿制度将给女性对婚姻的投资给予最低保护。例如，女性可以因为放弃工作去生孩子而受到补偿。

卡蓬和布里尼格(1991)将离婚法中这种刚兴起的制度称为补偿制度，以区别于信赖保护制度。对于女性在家相夫教子或对丈夫的事业做出其他贡献，法院逐渐支持对这些以商业资本进行计
. 127 算，给予女性补偿。补偿制度常被认为是美国法上的制度，但从英国判例法中也可以看到它的影子。例如在乔科维奇夫妇离婚案中(1992)[7] 以及 1984 年，婚姻家庭诉讼法 25(f)中，都关注家庭服务这种贡献的价值。典型的案例是，妻子相夫教子，丈夫才可以更好地发展自己的事业。在合同法中，如果违约方不返还守约方支付的款项，将使违约方从其违约行为中不公正地获益。这时，适用补偿方法作为相应的救济方式。补偿是女权主义者较推崇的方式，因为她们强调牺牲要得到补偿。

在补偿方式下，补偿以支持妻子的事业选择的方式实现。例如，让妻子继续攻读医学学位或重新投入工作。在一定程度上，可以说补偿的方式只有在牺牲的市场收益是可衡量的时候才有意义。与之不同，信赖保护则是建立在衡量失去的机会的价值的基础之上。例如，评估如果女性继续工作的价值，而不是如今放弃工

---

〔6〕 在本文的案例中，两性的情况可以互换。但通常来说，一般是女性通过婚姻改变其经济状况。

〔7〕 (1992)《家庭法》第 40 条规定：“对家庭福利所做的贡献与经济需要同样重要。”详见 2001 年 5 月 17 日，上诉法院判决的 Cowan v. Cowan 以及 White v. White (2000)WLR1571(补偿制度打破了平均分配的原则)。

作，在家养育孩子的价值——以投入而不是产出来衡量。但实际上，无论信赖保护还是补偿原则，都不足以弥补妻子在婚姻中的损失。这很容易理解，期待利益总是超过实际补偿，除非事业投资本身没有什么价值。因此，会有这样的评论：补偿标准的使用使离婚成本变低，使婚姻更不稳定。

伴随补偿标准而来的另一个问题是，这种方式何时使用。在合同法中，违约的补偿以期待利益的损失为标准。这种标准使违约变得有效率（违约收益比对守约方的补偿多）（Dnes，1996）。只有存在违约行为时，才适用补偿的救济方法。英国婚姻法中，违约（不需要过错等类似因素）和补偿不存在必然联系。丈夫可能为了另一个女人（甚至是有钱的女人）而离婚，但如果他们有孩子的话，其对妻子的补偿也仅限于房子（加上子女抚养费）。（在中低收入人群中），也可能是妻子抛弃丈夫，如果法院以实际生活需要为标准进行判决的话，妻子仍然能得到婚姻财产的大部分。英国法中，在离婚问题上早已抛弃了过错，这一与违约相关的概念（无过错离婚也可能存在过错）。忽视了违约与损害之间的因果关系，会动摇 128
婚姻中契约的因素。当前，没有人会否认在婚姻中存在契约的因素。

婚姻破裂时的法律环境很容易使人们产生不好的动机。拥有资产或那些准备积累资产的人可能不想结婚，因为一旦结婚，他们的长期资产便与承诺联系起来，而男人是很习惯做出承诺的（婚前协议在某些国家仍然是违法的，例如在英格兰）。更重要的是，如果签订婚姻财产协议，婚姻制度可能会变得不稳定。现在，处理离婚问题时，以需要为基础、补偿原则、信赖利益标准以及不以过错或违约为基础，它们的混合运用已使各种制度的界限变得模糊。从这种意义上，同居仅仅是对混乱的婚姻法的一种理性反应。

七、结论

对婚姻法与个人选择之间相互作用的分析表明，同居是双方为减少对彼此承担的义务或为寻找理想的结婚对象的一种高度理性的选择。在这种情况下，鼓励将同居转为婚姻反而会事与愿违。可现在一些国家的婚姻法改革却正在走这条路。在英格兰，法律委员会正建议将同居法与婚姻法制定得极为类似。这种改变并不能起到鼓励结婚的作用，只会适得其反，因为它减少了潜在结婚者之间处理不稳定因素的机会。事实上，同居同样需要保护，不管它是双方最终的选择还是只是婚姻的前奏。

为了改变对那些不知道自己行为的意义的同居者的批判，尤其是对女性的批判(Barlow and Lind，1999)，有必要制定一个同居前协议，这实际上是一种扩大意义上的、具有约束力的婚前协议，进而用以处理同居关系结束时的救济问题。相应的，国家的角色应该是提供可以采用的范例或者当双方无法达成协议时，由国家提供一个标准的协议格式。从程序保护的角度来看，婚前协议的潜在价值已被广泛认可(Thorpe，1998)。

目前，同居可能只是对婚姻法忽视期待利益损失的保护，这是
129 其他法律中违约救济方式的一种自卫式的反应。很奇怪，许多人担心持续增长的离婚率、不断增加的同居现象和推迟生育子女的情形，但他们却没有考虑过是否是“战后”婚姻法的变化引起了这些现象。如果婚姻法的制度能够更加合理，注重对期待利益损失的补偿，避免一方从违约行为中获利，那么，同居现象可能会减少，婚姻将成为更可靠的生活方式，对人们的吸引力更大。那时，同居可能只是个人喜好或者试婚的方式。在现在的离婚制度下，男性可能会避免结婚，而在无过错离婚制下，这种情况会有所改善。同时，许多妇女也不愿意结婚，因为她们对婚姻的投资得不到强有力

的保护。这些都是无理性的婚姻法意料之外的恶果。

参考文献

Barlow, J. and C. Lind (1999), "A Matter of Trust: The Allocation of Rights in the Family Home", *Legal Studies*, 19,468—489.

Becker, G. (1991), *A Treatise on the Family*, 2nd edn, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Becker, G., E. Landes, and R. Michael (1977), "An Economic Analysis of Marital Instability", *Journal of Political Economy*, 85,1141—1187.

Bfinig, M. F. (2000), *From Contract to Covenant*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Calabresi, G. and A. D. Melamed (1972), "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, 85,1089—1128.

Carbone, J. and M. F. Brinig (1991), "Rethinking Marriage: Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform", *Tulane Law Review*, 65, 954—1010.

Dnes, A. W. (1996), *The Economics of Law*, London: International Thomson Business Press.

(1998) "The Division of Marital Assets Following Divorce", *Journal of Law and Society*, 25,336—364.

Lewis, J., J. Datta, and S. Sarre (1999), *Individualism and Commitment in Marriage and Cohabitation*, Research Paper 8/99, London: Lord Chancellor's Department.

Lundberg, S. and R. A. Pollak (1996), "Bargaining and Distribution in Marriage", *Journal of Economic Perspectives*, 10,139—158.

Oppenheimer, V. (1988), "A Theory of Marriage Timing", *American Journal of Sociology*, 94,563—591.

Popenoe, D. (1996), *Life without Father*, New York: Free Press.

Posner, R. A. (1992), *Sex and Reason*, Cambridge, MA: Harvard Uni-

versity Press.

Scott, E.S. and R.E. Scott (1998), "Marriage as a Relational Contract," *Virginia Law Review*, 84,1225—1332.

Thorpe, A. (1998), *Report to the Lord Chancellor by the Ancillary Relief Advisory Group*, London: Lord Chancellor's Department.

Trebilcock, M. J. (1993), *The Limits to Freedom of Contract*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Williamson, O.E. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism*, New York: Free Press.

Zelder, M. (1993), "Inefficient Dissolutions as a Consequence of Public Goods", *Journal of Legal Studies*, 22,503—520.

第八章　作为信号的婚姻

罗伯特·罗森

一、简介

在西方，婚姻是男女两性建立的永久的、性上排他的以及双方彼此并向其他人表达他们建立这种关系的愿望的机制。近年来，人们对婚姻的契约性的一面已经从法律和经济层面上进行了广泛深入的分析。当然，对于婚姻属于何种契约以及关于结婚行为和离婚行为的契约种类之间的关系仍有诸多争议。但是，除了威廉·毕晓普的一篇著述以外，最近一些关于婚姻的法律和经济学著述大都忽视了婚姻作为一种信号的功能。〔1〕

本文将从以下几个方面展开。首先，对婚姻的契约基础以及最近在这个领域的几点改革建议作一简要介绍。然后，论述婚姻的信号功能。在这部分，还将对信号的经济学理论进行简要介绍，并将这一理论用来分析婚姻。本文在结尾处还将分析论证政府政策与同居以及同性婚姻之间的关系。

---

〔1〕 详见 Bishop (1984)、Buckley (1999)、Posner (1999)、Scott (1999)和 Trebilcock (1999)，本文将着重着眼于这些著述，尤其是 Bishop 和 Trebilcock 的理论观点。

二、作为契约的婚姻

很多研究婚姻的法律和经济学著作所强调和考查的是“传统”的家庭，即妻子在家相夫教子，丈夫在外挣钱养家。依据加里·贝克尔的理论，这种劳动分工是有效率的，因为这使夫妻双方能够利用他们的比较优势，可以发挥他们的长处(Becker, 1976, 1991)。
132 但是，这种分工也使女性在离婚时经济上变得脆弱，因为离婚后，女性很难找到比较像样的工作，但是，她们必须养活自己。在这种情况下，婚姻契约的目的就是阻止丈夫抛弃妻子或者在他抛弃妻子以后，要求他继续扶养妻子(Landes, 1978; Ellman, 1989)。这种机制是有效率的，因为它给女性提供了保障，使她们能够对家庭进行“投资”，成为一个专职家庭主妇。现在，尽管传统的家庭不像以往那么多，但上述论证对有孩子的家庭同样适用。现在，大多数的母亲都有工作，但大部分是兼职，因此，离婚对她们经济上的打击仍然很沉重。一个兼职工作者常常很难找到一份好的全职工作，因此，为了子女而选择兼职工作，对女性来说，本来就承担着巨大的经济风险。所以，女性需要法律上的保护，以补偿这种家庭分工所带来的风险，所以，尽管现在女性很少做全职家庭主妇，但法律对离婚案件的传统判决仍应坚持，只不过对男性的要求程度可以略有降低。

结婚并不仅仅是为了生育子女，夫妻双方可以从共同生活中得到共同的利益，包括经济方面的使用财产，困难时的经济扶持，疾病或困苦时的照看、互相陪伴以及定期的性生活。为了得到这些收益，双方必须对婚姻进行投资，并且在很多方面要放弃其他机会。丈夫可能要用几年时间照顾生病的妻子，使其康复；妻子也可能需要努力工作，支持丈夫攻读学位；或者他们还要时不时地拒绝自己的追求者。这些投资包括许多时间和精力的投入，同时，对个

人来说，它使个人将来的可能的选择减少。如果夫妻对他们的关系有信心，那么，他们会很乐意为爱情或承诺而付出；反之，如果他们对婚姻没有把握，那么，他们的付出程度会大打折扣。如果在这种情况下，一方仍然坚持付出，在对方抛弃或虐待她时，她将遭受巨大的损失。事实上，当婚姻破裂时，常常存在这种情况。一方为婚姻做出了很大的牺牲，但后来，却被另一方冷落或背叛。因此，即使在没有子女的家庭，婚姻也能起到减少对方带来的风险的作用。从契约的角度来看，通过限制对方将来行为，并在离婚时保证问题的合理解决这一机制，婚姻也可以达到减少风险的目的。

除了家庭暴力、婚内强奸和虐待子女，法律很少直接介入婚姻生活，只有当婚姻存在破裂的危险时，法律的功能才得以发挥。正是在这种意义上，在关于婚姻的法律和经济学著作中，离婚才显得意义重大。当婚姻关系在继续时，双方的行为受社会行为准则的 133
调整，这时，对一方不当行为的“制裁”一般是放弃对他的爱或在生活中拒绝与其配合。社会行为准则也可能内在化，因此，人们在婚姻中的行为可能受个人道德准则或其他亲戚甚至更大的团体的道德准则所规范。因为社会准则的重要性和婚姻的性质，婚姻常被比喻成一种契约(Scott and Scott, 1998)，这种比喻比较准确，尽管实际上法律框架和婚姻并不相关。当然，社会准则不是存在于真空之中的。夫妻双方在婚姻中的交易以及双方付出和回报的动力，都取决于当时情况下法律的限制以及离婚时法律的规定。

当然，法律在婚姻中有着举足轻重的作用。它具体规定了夫妻一方应该如何对待另一方，以及在离婚时哪些行为会受到制裁。这些法律规定不仅反映了当时的社会行为准则，也在一定程度上塑造了这种准则。这就是共和主义者反对无过错离婚制的原因。他们认为离婚法还应该有其道德功能，它不仅应该使受害方得到公正，还应该使婚姻双方的道德意识和义务意识得到加强。而在无过错离婚制下，婚姻中的不当行为以及遗弃行为都不会受到法律制裁，这意味着没有人对离婚负责。

有证据表明，现代离婚法改革带来了一系列意料之外的不利后果，但却未得到人们的正视。[2] 这种改革使离婚率大量增加。与过错制度相比，它使离异妇女的经济状况变得更加糟糕。它也改变了人们的婚姻行为，使妻子工作量加大，使丈夫暴力倾向增加。[3] 传统的法律和经济学者对此大都表示赞同，但在如何避免或补偿损失的问题上却有分歧。一些学者，包括我本人，认为过错应该是离婚法中不可或缺的一部分，因此，关于离婚的条件，财产的处理以及子女抚养权的归属，都应该取决于婚姻中的行为。[4] 其他学者则完全反对这一观点，他们主张实行一种有效的赡养费制度(Ellman，1989)或者延长离婚起诉与判决离婚之间的期限
134 (Scott，1990；Scott and Scott，1999)。在本书的第四章，艾伦·帕克曼提出，在结婚的头五年中，如果没有子女，那么，应该无条件地允许单方起诉离婚。但如果生有子女或结婚五年之后，只有当一方严重违反婚姻契约或双方同意时，法律才应允许离婚。在这里，我的本意并不是深入地研究婚姻法，只是想列出学者们关于对人们未来行为的限制以及保护婚姻投资方利益的诸多建议。而关于婚姻契约的这些方面都围绕着婚姻的信号功能展开。

三、作为信号的婚姻

一个人的内心意图并不是其他人可以直接注意到的，人们只

---

〔2〕 Parkman (2000)在其相关著述的第五章中总结了无过错离婚法的影响的相关证据。

〔3〕 Brinig 和 Crafton (1994)认为无过错离婚法对家庭暴力具有影响，并进行了研究，而 Ellman 和 Lohr (1997)持相反的观点。

〔4〕 在诸多学者中，如下学者支持在离婚法中实行过错制度：Brinig (1999)、Dnes(1998)、Morse (1996)、Rowthorn (1999)、Woodhouse (1994)。Katherine Spaht 在本书第六章中也有所论及。

是通过其外在表现加以推测。因此，希望寻找一种带有承诺的关系的个体必须寻求一种可信的、外在的方式，彼此传递信号，表达这种愿望。一种可行的方式便是一方愿意结婚。婚姻也是双方向其他人传递的信息，表达他们建立长久关系的愿望以及互相承诺的力量。在讨论婚姻的信号功能之前，有必要先讨论一下有关信号传递的经济学理论。

信号传递理论

在迈克尔·斯彭斯关于这一理论的开创性工作中，他将市场信号定义为“市场中可以改变他人信念或传递信息的，故意的或偶然的行为或个体特性”(Spence, 1974, p.1)。[5] 个体属性可能会改变，也可能不会改变，例如年龄。假设年龄稍大的人总体上不善于掌握新技术，那么，如果一位雇主想雇佣具有这方面能力的工人，他倾向于录取比较年轻的申请者则在情理之中。这具有不利的社会影响，而且对那些掌握新技术的年龄较大的人似乎也不公平，但是，从雇主的角度来看，他们的做法是最为理性的，因为这样就避免了评估每一位申请者所需要的巨大成本。

经济学家将那些可变属性分为两种信号：一种是获取该具体特性的成本与信号的接受者无关，另一种是发送者进行传递需要成本的信号。前一种类型的信号就是众所周知的“廉价交谈”。当 135
所谈论的信息属于常识，信号的发送者无须故意误导接受者时，一般都属于这种情况。例如，有人想通过广告寻求一个假日伙伴，他会十分准确地描述将要到来的假日的情景，因为故意的误导只会使征求到的伙伴不合适，使两个人的假日变得糟糕。做广告的人可能会稍微夸张一下假日的吸引人之处，但过分地夸张只会适得其反。每个人看了这则广告，都会自己做出判断，因此，发布广告

---

〔5〕 要深入了解信息传递理论可参见 Gibbons (1992)。

的人无须费尽心机使人们相信他关于假日的广告是真实的。

但在经济生活中,许多信号都是有成本的,并不是“廉价的交谈”这一类。许多情况下,只有当信号的发送者花费了巨大成本时,该信号才是可信的。例如,一个雇主想要招聘一批智商高于一般人的职员,并愿意为他们额外支付每小时 5 英镑的奖金。那么,他如何让去挑选这些人呢? 如果雇主知道所有申请者都会诚实地回答他的问题,事情就变得很简单,他只需询问每个人,问他们是否拥有所要求的资格,进而通过筛选程序拒绝那些不具有相应资格的申请者。但是,这样一个程序既花金钱,又花时间,所以,雇主可能运用一些显性的条件作为衡量申请者智商的标准。最明显的条件就是教育程度。首先假设一个高智商的学生很容易拿到学士学位,并且为了 5 英镑的额外奖金,愿意去攻读学位。然后,假设一个智商稍低的学生不愿意去攻读学位,因为他们认为为了拿到所要求的学位,他们要付出诸多的努力,这个成本远远大于每小时额外 5 英镑奖金的收益。在这种情况下,雇主只需招聘那些拥有学士学位的人就可以达到目的,因为成本—收益的作用下,只有比较聪明的申请者才会花时间攻读学位。雇主的这种做法是比较理性的,即使申请者在攻读学位过程中所学知识和经验与雇主要求的工作无关。这是一个“分离均衡”的典型例证。与之相反的是“混同均衡”,即所有申请者攻读学士学位的收益都大于成本,此时,雇主就不能再用学士学位作为衡量申请者智商的标准。这时,他可能会以博士学位作为新的衡量标准。

在上述例证中,学士学位是一个有效的信号,因为要想得到它,一些人需要比另一些人花费更多的成本。这就是所谓的“诚实的信号是有成本的”。在生物界的性选择理论中,存在着“累赘原理”,因为动物可以通过向潜在的配偶展示其某些不利条件,以显示其优良的基因。例如,孔雀的尾巴对它来说就是累赘,因为它使孔雀很难从捕猎者手中逃脱。因此,如果一只雌孔雀注意到一只雄孔雀有着大大的漂亮的尾巴,这对雌孔雀来说,可能暗示着这只

雄孔雀非常强壮，因为如果不是这样，他不会生存下来。因为强壮是一个重要的特性，所以雌孔雀选择拥有大尾巴的雄孔雀是比较理性的，尽管她本来的兴趣可能并不是尾巴的大小。尾巴的大小 136
就是一个有效的信号，因为拥有大的尾巴本身就增加了生存的成本，只有强壮的雄孔雀才能支付起这个成本。[6]

在信号理论中，所说的成本的范围更广。信号传递中的成本可能是为得到资源前期投入的成本，例如教育，也可能是对将来行为的限制，例如法律对产品瑕疵所要求的强制保险。一般来说，当行为出现差错时，会花费很大成本或需要进行限制时，人们就会提前对将来行为进行限制。在上述关于教育的例子中，申请者可以向雇主保证，如果他们自身条件不符合时，他们会偿还雇主。从理论上来说，他们以此向雇主传递这样一个信号：他们具有很高的智商、很强的能力。假设这样的保证具有强制性，那么，保证这种方式将比攻读学位更有效率，因为，攻读学位需要花费大量的时间和精力，而且，所读学位在将来的工作中不一定有用武之地。以上论证说明了，自愿接受对未来行为的强制性限制是一种有效率的传递私人信息的方式，因为与那些前期投入需要大量的时间和金钱相比，这种方式成本更低，传递的信号更准确。

婚姻

在很多方面，婚姻都可以作为一种信号。当一个人向另一个人求婚或接受另一个人的求婚时，这是一种承诺或双方希望建立长久关系的信号。当一个人结婚了，这也是一种信号，这意味着他或她处在一种忠实义务关系中，并且，不能和其他人发生性行为。一个人结婚的事实，也是对潜在的雇主或政府传递的信号，这一事实表明了他或她的个人特征，例如身体健康，可依赖性，具有进取

---

〔6〕“累赘原理”出自 Zahavi(1975)。

心,等等。结婚也意味着双方关系的稳定。

婚姻作为一种信号的有效性主要因为婚姻常常需要巨大的成本。例如,婚礼本身可能就是一笔巨大的开销,新郎新娘在结婚之前要进行一些咨询以及其他准备工作。只有对婚姻比较严肃的人才会准备承担这些成本。同时,一个人愿意接受法定婚姻也表示了他/她对两人将来关系的看法。如果婚姻契约对他们的将来行为进行诸多限制,那么,也只有对婚姻严肃的人才会接受这些限制。

当然,婚姻作为一种有效信号,也并不总是和巨大的成本联系在一起。例如,假设在一个社会中只有两种人:一种人希望建立具
137 有忠实义务的、性上排他的长久关系,而另一种人则想要一种比较开放、随意的关系。假设这两种人如果在一起,谁都不会快乐,而且希望拥有长久关系的一方不会改变自己的初衷。那么。这两种人都不会去误导对方,他们传递的信号也不会花费多少成本。在这种情况下,如果他们结婚,婚姻也可以作为一种有效的信号,而无须法律的限制性规定、社会的制裁或大量的经济成本。当事人结婚本身就足以成为一种向公众传递的信号或者他们可以通过交换戒指作为一种信号。通过这些方式,他们彼此并向外界表示,双方已经成为夫妻,彼此负有义务,外界也应该以此看待他们。这些,在外界看来,意味着他们的关系变得稳定,而且任何一方不得再与其他人发生性行为。[7] 那些选择不结婚的人可能是因为不满意这种婚后的生活状态。因此,希望拥有忠实义务关系的人选择结婚,另一些人则不结婚,这恰是"分离均衡"的一种体现。

上述例子也是"廉价交谈"的一种体现,例子本身很简单,但它可以很好地反映一些国家中同居双方之间的状况。在英国,同居者最终要么分手,要么结婚,始终保持同居状态的很少。约翰·厄米斯、迈克·弗朗西斯科尼(2000)运用英国家庭研究组的数据对英

---

〔7〕 Bishop (1984)将这种现象称为"奥玛尔·谢瑞夫效应"。

国的同居状况进行了分析。他们得出结论:大约 3/5 的同居者最后选择结婚,而大约 35% 的同居者在 10 年之内分手。同居者选择结婚的原因很多,例如,结婚在法律上对双方来说更安全或者是来自父母的压力。但其中最常见的原因是,双方希望以结婚来证实彼此的承诺。苏珊·麦克瑞(1993)对英国的同居母亲的情况进行研究后发现,53%—57%的同居母亲最后之所以选择结婚主要都是基于这个原因。因此,当双方彼此了解,志趣相投时,婚姻是表达他们建立忠实义务的最佳选择,也是向外界传递这个信号的最好方式。从这种意义上来说,法定婚姻这种方式并不是那么重要,而一些社会公认的方式,例如交换戒指,已足以传递这种信号。

这种关于婚姻的想法很简单,依照这种简单而自由的想法,婚姻应该仅仅是一个无需成本、没有约束力的关于义务的宣言,彼此的义务既不会受到制裁,也不会有所限制。毫不奇怪,有这种想法的人常常认为法定婚姻没有存在的必要。但是,这种观点忽略了

138

人们选择伴侣和规划共同的生活时需要面对的一个关键问题,即人们所说的不一定是真实的,要想评价一个潜在的伴侣,仅仅听他所说的是远远不够的。例如,一个男人希望找一个女人结婚,可能是为了生育子女,也可能仅仅是为了爱情或者找个伴侣。而有些女人可能希望双方关系更开放、更随意一些或者对他并没有好感。如果这个男的可以确信这些女性都会毫无保留地、诚实地回答他的问题,那么,他只需问问这些女性,便可以知道她们对他是否有感情。但是,他可能害怕这些人会说谎或者隐藏自己真实的想法。这时,简单的宣言并不足以使他相信,还需要其他信号。其中,一个有效的信号便是那个女人同意与他结婚。只有当婚姻需要成本,而不愿结婚的人不会承担这个成本时,结婚这个信号才是可信的。假设婚姻的成本足够大,一个人愿意支付该成本,这本身就是一个可信的信号。通过以上论证,可以看出,婚姻是一种信号,它建立起一种“分离均衡”,在这种均衡状态下,那些希望建立忠实义务的人通过求婚或接受他人的求婚来传递信号,表达其内心的想

法,而那些没有这种想法的人则不会这么做。

他们所忽略的第二个问题是,个人情况和周围环境都不时地发生着变化。一对情侣可能当初真的希望彼此能够相亲相爱,忠贞不渝,共度一生,但可能一方后来发现,遵守这种诺言比自己想像的要困难得多。他可能发现家庭生活中许多意想不到的事,也可能彼此的感情或兴趣发生变化或者他可能受到其他人的诱惑。婚姻契约的法律约束力减少了婚姻由于这些不测而破裂的风险。他鼓励夫妻对婚姻进行投资,避免了破坏婚姻的行为。同时,一旦婚姻破裂,它能够保护婚姻当事人尽量少受影响。在这种意义上,婚姻契约类似于产品保险。婚姻契约本身保护当事人免受风险,而当事人愿意接受这一契约是对外表达了他的意图和期望。

婚姻行为对外传递的信息的数量取决于婚姻契约的性质以及调整离婚的法律的类型。它也取决于,与未婚者相比,已婚者所享有的权利和承担的责任的范围。现代社会,离婚变得越来越简单,对婚姻中的不当行为以及单方终止婚姻的惩罚越来越少,甚至没有。此外,法律赋予父母以及未结婚的伴侣更多的权利,要求他们承担更多的责任。尤其是父亲对未成年子女的经济抚养责任加重,执行力度加强。在有些地区或国家,法律赋予父亲法定探视权
139 或监护权。关于改革的效果评价不一,但毫无疑问,这些改革破坏了婚姻作为信号的价值。

曾经一度,婚姻包括一系列内容。如果一个已婚妇女为其丈夫生有子女,通常情况下,她会依靠丈夫,为她和孩子提供经济上和生活上的支持。但一个未婚母亲却很可能被孩子的父亲抛弃,从而使自己和孩子陷入窘境。一个男人的能力以及他结婚的意愿是一种清晰的、有价值的信号,因为它表示了这个男人是否愿意为女人和他们将来的孩子提供全面的、长期的支持。反过来,女人也应该给男人一个温馨的家庭。人们都明白,婚姻意味着责任和义务。因此,无论是求婚还是接受他人的求婚,都是接受这些责任和义务的可靠的信号。

但是，公共政策和社会生活环境的变化改变这种传统的方式。结婚已经很难再像以往那样，可以作为男女彼此承诺的信号了，因为双方的婚姻承诺已经不像以前那么多了。离婚变得越来越容易，已婚者的经济责任与未婚父母或未婚情侣的经济责任的差别越来越不明显。但是，即使在离婚法最宽松的地方，离婚仍然存在着精神上或实际上的障碍，婚姻仍然包括未婚所不具有的权利和责任。这些成本保证了婚姻作为一种彼此承诺的信号，仍然具有可信度。而且，最近，离婚法的一些变化可能在某些方面加强了婚姻的这种信号功能。在许多地方，离异的那些有权分得其前夫的养老金或将来的收入。但未婚的性伴侣之间却不享有这种权利。因而，这种变化增加了男性离婚的成本，所以，男性同意结婚成为一个更加可靠的信号。与此相反，这种变化降低了女性离婚的成本，从而使女性结婚所传递的信号的可信度降低。所以，离婚法的改革对婚姻的信号功能的影响是自相矛盾的。但可以肯定的是，在现代社会，婚姻作为一种彼此承诺的信号，其有效性逐渐降低。

标准形式

在许多地区，法律规定了婚姻契约的标准形式，用格式条款具体规定了配偶彼此应负的义务，离婚的法定条件以及处理离婚协 140
议的基本原则。标准契约的内容因地而异，但每个地区基本上只有一个标准契约。亚利桑那州和路易斯安那州则不同，它们现在实行两种标准形式的婚姻契约：一种用于受无过错离婚法调整的婚姻，另一种则用于以过错为离婚基础的契约婚姻。许多地区的法律允许婚姻双方围绕标准形式订立契约，因此，婚姻双方可以通过婚前或婚后协议对标准形式的一些条款做出修改。但是，修改的范围受到一定的限制，一些条款是强制性条款。

婚姻契约的标准形式会引起人们思考许多问题。为什么需要这种契约？它和婚姻的信号功能之间有什么关系？应该有多少种

不同的标准契约？它应该包括哪些共同因素？婚姻契约中哪些应该是强制性条款？

婚姻契约的标准形式有很多优点。它利用以往的经验，而不是从头开始研究每个细节，为婚姻双方提供了契约模板，这样，它减少了婚姻双方的交易成本。它还保证了双方不会犯下大错。它也使得一个地区的婚姻具有某些相同的基本特征，这个地区的人们对结婚或准备结婚意味着什么有着基本共同的认识，因而，这种婚姻契约的标准形式成为一个方便的信号。如果人们结婚时都要从头起草自己的婚姻契约，得不到任何外界指导，那么将导致混乱。而且，人们的婚姻契约千变万化，这使得知道一个人的结婚内容实际上没有意义。

也有人认为，应该禁止修改标准婚姻契约的行为，因为婚前协议会对婚姻造成不利影响。婚前协议会使人们变得利己，以计算的方法看待婚姻。它也可能传递错误的信号，使人们对双方的承诺以及他们对婚姻持续时间长短的信念发生误解。如果禁止修改，外界很容易理解人们结婚的内涵，因为所有婚姻的法律基础是相同的，人们对它们的认识也基本相同。但是，绝对禁止修改似乎有些极端。婚姻契约的有些内容，例如，离婚时夫妻共同财产的分割，对外界来说并没有那么重要，对类似这样的条款加以修改、变通基本不会破坏婚姻的信号功能。外界更关注的是，夫妻将在婚姻期间互相扶持以及他们在婚姻关系持续期间性上是排外的，等
141 等。人们对结婚这一事实感兴趣，因为它本身就提供了这些信息。例如，收养机构可能更倾向于接受已婚夫妇的收养申请，因为这样的家庭更具有稳定性。一个人在寻找性伴侣时，也关心对方是否已婚，因为这意味着双方是否可能发展这样的关系。对外界来说，婚姻的主要信号功能在于，外界可以从中得知夫妇性上的排外以及长期互相扶持的义务。如果对契约的修改严重阻碍了婚姻主要

信号功能的发挥，这种修改就应该被禁止。〔8〕

信号具有外部性。婚姻作为一种信号，其有效性取决于其他婚姻契约的性质以及其他夫妻的行为。假设人们习惯在婚姻契约中删除诸如保持忠实、共度一生、互相扶持这样的条款，那么，外界怎么知道我的婚姻契约中是否还保留这些承诺呢？如果通奸和离婚遍地都是，谁又知道我的婚姻是否会有所不同？如果我希望告诉外界，我的婚姻是永久的承诺，并且双方性上的忠实义务，那么，最好的选择就是将这些承诺作为婚姻契约的强制性条款。这种方式也有助于建立一种社会机制和法律机制，使其他已婚夫妇能够彼此忠实，白头到老。通奸事件降低了婚姻作为一种性上排他信号的可信度；抛弃破坏了婚姻作为一种承诺的可靠性；一个家庭的破裂使其他家庭中的孩子对自己的父母能够共度一生产生了怀疑。如果没有子女，而且允许通奸，那么，离婚似乎只是私人问题，不会伤害任何人。但事实并非如此。每一个离婚事件，包括双方合意的离婚，都会增加其他婚姻解体的潜在风险，降低婚姻作为承诺信号的可信度。婚姻就像一种专业资格，它作为信号的可信度关键取决于它的名声。有竞争力的专业人士和他们的潜在客户会共同致力于保持这种专业考试的水准，禁止那些会破坏这一资格的公信力的行为。同样，在禁止修改婚姻契约的标准形式，以免破坏婚姻名声的问题上，互相承诺的双方以及整个社会有着共同的利益。

142

〔8〕 限制对婚姻契约标准形式的修改还有其他方面的原因。在许多地区，如果对婚姻契约的修改会减少配偶一方或子女的福利，增加他们起诉的可能性，那么这种修改是被禁止的。例如，格式条款规定，婚后，在疾病或困苦时，夫妻负有相互扶持的法定义务；离婚后，双方对一定年龄的子女负有扶养的法定义务。这些同样都是不允许修改的。

契约婚姻

正如上文所提到的，亚利桑那州和路易斯安那州有两种形式的婚姻：一种是普通的、受无过错离婚制调整的婚姻，另一种是受过错制调整的契约婚姻。[9] 夫妻可以将普通婚姻改为契约婚姻，但反之却不可以。这种选择的存在是如何影响婚姻的信号功能呢？答案是，部分取决于选择那些契约婚姻的人们的经验。如果只有那些会坚守自己承诺的人才选择契约婚姻，那么，契约婚姻将意味着较低的离婚率和较高的婚姻满意度。这样，契约婚姻就会成为可靠承诺的信号。有人认为，不应该鼓励所有的人采取契约婚姻，因为那些不合适的人最终可能离婚，这会破坏契约婚姻的名声。法律也意识到这种风险，因此，法律规定，要想采取契约婚姻，双方必须进行婚前咨询，以弄清自己的婚姻义务和限制。

实践中，两种婚姻形式是如何并存的呢？契约婚姻的存在对普通婚姻的信号功能将会产生怎样的影响呢？依据契约婚姻将来的流行度，可以有几种假设：一种假设是，契约婚姻不再那么流行，但可能永远也不会取消。这时，只有少部分人，主要是那些有着坚定的宗教信仰的人，会选择契约婚姻。而其余的人，包括那些会坚守自己承诺的人，都会选择普通婚姻。从这个角度看来，普通婚姻的社会意义不会受到较大的影响，而契约婚姻依然保持着现在的角色，成为一种较为可靠的承诺的信号。另一种假设是，所有会坚守自己承诺的人最终都会选择契约婚姻，有些人直接选择契约婚姻，有些人是在经历了一定时期的普通婚姻之后选择转变婚姻形式。如果是这样，那些采用普通婚姻的人们的承诺的可信度将大打折扣，普通婚姻作为一种信号，其可信度也将降低。那时，普通婚姻只不过是一种经过登记的同居。

---

〔9〕 在本书第六章中，Katherine Spaht 对路易斯安那州的契约婚姻制有所论及。

这种情况会引起人们对信号问题的兴趣。两种形式的婚姻会使用同一个术语吗？两种形式的婚姻中，配偶的称呼都使用“丈夫”和“妻子”这两个词吗？契约婚姻中的人们是否使用一种独特的术语，以区别于普通婚姻，展示他们更可靠的承诺？或者他们是否将降低普通婚姻中使用的术语的等级？一种做法可能是将普通婚姻重新界定为家庭伙伴关系，在法律上将婚姻中的双方定义为“伴侣”，而不是“丈夫”和“妻子”。如果契约婚姻最终被取消，那么，很可能两种婚姻形式在语言的使用上会引起混乱，就像现在普通婚姻和同居之间一样。通常，在较为宽松的环境中，对已婚夫妇和未婚情侣，人们用“伴侣”来称呼，并无歧视。但是，许多已婚夫妇讨厌这种做法，因为他们不喜欢和同居者归为一类，他们认为，同居者之间的承诺远远不能和已婚者相提并论。他们希望用“丈夫”、“妻子”或“配偶”这样的术语，以区别于同居者，并且也希望通过称呼上的区别，别人能够认识到这种差异。同样，契约婚姻中的夫妇也希望能从术语上和称呼上与普通婚姻中的夫妇加以区别，毕竟，两种婚姻形式的承诺程度有着很大的差异。

143

态度与行为

在前一部分中，我们论证了婚姻契约中应该有两条是强制性条款：互相扶持的承诺和性上的排他性。这并不是随意的选择，而是从大众的观点来看，婚姻本来就应该是这样。而且，人们一般认为，婚姻就应该是为了生活而进行的结合。尽管离婚率很高，可是还有很多人希望结婚，很多人离婚，如此循环往复。例如，1994年，英国大法官办公室对人们的婚姻态度进行了一项调查（MORI，1994）。在所有调查问卷中，72%的人认为婚姻应该是“永远的”，这个比例比之前三年都高。只有14%的人不同意这种观点。调查显示，通奸普遍被认为是对婚姻最严重的背叛。实际中，婚外恋并不是十分普遍。根据英国国家调查中心对人们的性

态度和生活方式的调查,79%的男性和84%的女性认为婚外性关系是婚姻的最大杀手(Wellings et al.,1994,p.249)。在16—24岁这一年龄组中,这个比例分别为82%和87%。美国的情况也大同小异。爱德华·劳曼及其同事对美国的情况进行了调查。调查显示,大约90%的美国成年人认为婚外性行为是极其错误的(Laumann et al.,1994,table B4)。18—34岁的男性中,这一比例仍然是90%,这说明所有年龄段的人们大都持有这种观点,而不仅仅是老人才这样认为。

但并不是每个人都会坚守自己的信念。所以,毫不奇怪,一些人虽然认为通奸是错误的,但仍然会发生婚外恋。即使这样,仍然还有许多已婚者对自己的配偶是忠实的。在上述关于美国的情况的调查中,有25%的男性和15%的女性,包括那些现在已经离婚
144 的,承认自己在婚姻生活期间有过婚外性行为。而实际数字可能还要更大一些,因为有些被调查者可能羞于承认自己有婚外性行为。但是,调查时,他们很愿意回答其他有关个人隐私,包括性行为的问题,所以,不愿意承认自己有婚外性行为的人应该不会很多。即使婚外恋现象比较普遍,人们仍然有理由相信大多数已婚者对配偶是忠实的。即使夫妻一方真的有婚外恋,大部分只是一时失足,而不是长期现象。

尽管人们性观念越来越开放,离婚率越来越高,但是,显然,大多数人仍然认为婚姻是一种性上终身排他的结合,他们也在努力实现这一理想。所以,在今天,婚姻仍然是性上排他的可信的信号。

四、同居

共和主义者和婚姻的支持者认为,婚姻和同居在法律上的区

别应该保留，甚至将这种区别加强。[10] 而且，公共政策应该将婚姻定位为一种承诺和稳定的信号，与同居相比，婚姻应该有其特殊的地位。在英国，对这种观点却是一片反对之声。人们认为，“如果一个人不想结婚，就不必结婚”，“同居者可以像结婚的人一样对彼此做出承诺”，“人们不应该歧视同居者”，“同居者应该和已婚者一样，受到同等的待遇”。在具体分析这些反对的意见之前，有必要区分一下同性恋和异性恋。目前，法律不允许同性恋者结婚，所以，同性恋者不结婚对他们之间关系的性质没有任何影响。但是，对异性恋者则不一样，因为异性恋是法律允许的。如果异性恋者选择同居而不是结婚，这可能意味着他们关系的稳定程度有问题。在许多国家，有证据表明婚姻的持续期一般都比同居持续期长。[11] 而且不管是否有孩子，情况大多如此。凯瑟琳·基尔南指出，在英国，那些在第一个孩子出生前结婚的夫妇中，大约有 8% 在孩子出生后五年内离婚(Kiernan, 1999, table 11)。那些先同居，在孩子出生后再结婚的同居者中，这个数字是 25%，而那些未结婚的同居者中，这个数字是 52%。因此，对那些在第一个孩子出生 145
时仍同居的人来说，婚姻也意味着稳定。约翰·厄米斯用不同的数据进行了论证，他指出，在那些没有结婚的同居者中，大约有 5/6 的人会在他们的第一个孩子出生后十年内分手(Ermisch, 1997, p.128)。许多西方国家都存在类似的情况，尽管比例可能没有英国这么大。[12] 在瑞典，很多年之前，同居就成为一种普遍现象，但是，有孩子的同居者分手的数量大约是有孩子的已婚者的四倍。同居关系是不稳定的，这并不奇怪，因为这本来就是同居的原因，即没有永远的承诺，决定分手也很容易。同居关系中，人们认为各

---

〔10〕 关于这方面的详细论述，参见 Deech(1980)。

〔11〕 本书第二章中，Morgan (2000)在著述中对同居关系的不稳定性进行了论证，并提供了一些论据。

〔12〕 关于西欧在这方面的证据，参见 Kiernan(1999, table 11)。

自是独立的个体，而婚姻关系中，夫妻是彼此生命的另一半。显然，前者比后者更有可能结束彼此之间的关系。尽管现在离婚率很高，但是，预测两个人关系是否会长久，最好的标准就是他们是否结婚了。因此，仍然有理由相信，婚姻依旧是互相扶持的承诺和关系稳定的信号。

婚姻也是许多其他现象的标志。[13] 已婚者性上的忠诚度比同居者要高。通常来说，与单身、同居者、离异者以及分居者相比，已婚者的身体更加健康，死亡率相对较低。而且他们不那么焦虑、压抑或者有其他精神疾病。他们的性生活满意率也比较高。他们的生活更有规律，一般不会做出伤害对方的行为。已婚男人通常在工作上更为出色，具体表现在他们的收入更高，提升更快。已婚夫妇比那些同居者彼此更为体贴。已婚者的子女生理和心理更为健康。对孩子来说，最痛苦的莫过于生活在一个有继父或继母的家庭中。但是，有证据表明，如果他们结婚，而不是仅仅同居，孩子受到虐待的可能性会小得多。

两件事之间具有联系并不意味着它们之间有因果关系，相互关系和因果关系并不是一回事。婚姻与一些属性，例如，稳定性，健康情况的相互关系部分取决于个人的选择偏好。已婚者分手的情况比同居者少，并不仅仅是因为婚姻增加了两人关系的稳定性。已婚者比同居者之间有着更多的承诺，因此人们期望婚姻关系能够持久。同样，那些健康人或者可靠的人或者没有暴力倾向或虐待儿童倾向的人，这类人群中，结婚率会更高一些。但这并不代表
146 全部。如果说它们之间的相互关系完全取决于选择偏好，而婚姻对人们的行为并没有影响，这可能令人难以置信。美国的一位社会科学家，史蒂夫·诺克在他的书中告诉人们，男人结婚后，他们的行为会发生巨大的变化(Nock，1998)。[14] 婚后，男人变得更加依

---

〔13〕 Stanton (1997) 和 Waite and Gallagher(2000)提供了更多这方面的论述。

〔14〕 Waite (1995) 和 Akerlof (1998)在婚姻的内容中调查了角色选择的偏见。

照传统习惯和社会期望行事，这使他们更加值得信赖。婚后，男人扮演起“丈夫”这一社会角色。作为丈夫，人们希望他比其他男人更值得依赖。而他们也开始像人们所期望的那样去思考、做事。女人结婚以后也会发生类似的变化，只不过不像男人那么明显，因为女人本来就比男人值得信赖。

其他关于婚姻对人们行为及相互关系的影响的研究也得出了相似的结论。在《婚姻与家庭杂志》中，凯瑟琳·罗斯写道：

> 婚姻对人们生活水平的积极影响是显而易见的、长久的。但是心理健康者选择婚姻，心理不健康者不选择婚姻，这种现象很难解释婚姻的积极影响。[15]

乔治·阿克罗对此进行了经济学分析，他发现，婚姻是改变男人行为的原因，但是婚姻对男人的这种影响会随着时间的推移而减弱。这可能反映了法律和文化的变化破坏了婚姻，人们对待婚姻的态度已经不像以往那么严肃。但是，即便婚姻的影响在减弱，婚姻仍然会产生许多积极的结果，它对人们的行为依然有着重要的影响。

婚姻对人们行为的影响有利于社会，因此，社会应该鼓励人们结婚，而不是同居。退一步来说，即使婚姻不会影响人们的行为，它仍然是一个重要的信号。如果我们非常了解一对情侣，我们当然可以知道他们的关系是否稳定，而无须以他们是否结婚加以判断。但如果我们并不了解，是否结婚就成为重要的判断标准。是否结婚是人们向外界传递的有价值的信号，它代表了双方关系是否稳定，是否有能力成为合格的父母，也包括一些个人信息，例如健康状况、可信赖程度。当然，这只是共同点，任何人都不可能一成不变，情侣之间也会千差万别。但即便是这样，这些共同点也很

---

〔15〕 Ross (1995, p. 129) cited in Waite (1995).

重要,因为人们看待事物和处理事情大多依靠这些共同点,而不是某个特殊事例的具体细节。人们也不可能去调查一个人的生活细
147 节或真正深入一个人的内心世界。我们必须依靠一些外在的表现或信号加以判断,而婚姻状况就是一种可以信赖的又极易得到的信号。如果婚姻契约的约束力比现在更强,那么,婚姻作为一种信号,其可信度将更高。

对于婚姻信号,政府应该做何反应?政府是否应该给已婚者提供特殊的经济支持?事实上,英国一直这么做,直到最近,工党政府取消了已婚夫妇的税收补贴。有些欧洲国家仍然对已婚者给予税收优惠。但这常被指责是对未婚者的歧视和不公平待遇。但是,婚姻确实使社会更加稳定,人们更加健康,犯罪率降低,给这种机制以税收优惠,难道真的不公平吗?对于那些锁紧门窗或是不抽烟的被保险人,保险公司都会减少他们的保费。依照这种逻辑,国家对婚姻,这种降低社会风险的行为进行经济支持是完全合法的,因为婚姻有利于社会、减少了将来诉讼给社会带来的成本。当然,这里存在着潜在的道德风险。如果给予婚姻的补贴过多,人们即使本来不想进行承诺,承担义务,也会为了得到该补贴而结婚,而他们以后的行为会破坏婚姻这一机制的名声,从而降低婚姻的信号价值。

尽管理论上应该给婚姻以补贴,但在现代社会,实际的补贴已不那么重要。在大多数国家,对婚姻的补贴已经少而又少,反而税收或社会福利体制对婚姻存在着隐藏的偏见。现在的问题不是是否应该对婚姻加以补贴,而是如何评价现存的对婚姻的偏见。通常,社会福利制度会基于"需要"原则,对单身父母、分居者或未婚的人给予经济扶持,而这实际上是对婚姻的偏见和歧视。政府通常也会对同居者进行补贴,因为政府视他们为单身父母。美国的已赚得收益客税扣除制度和英国类似制度的设置都存在着歧视婚姻,鼓励成为单身父母的问题,因为它们给予单身父母的优惠显然

比给予已婚者的要多得多。[16] 综上所述，政府有必要改变这种现状，建立起对婚姻来说真正中立的税收和福利制度。当然，在没有 148
改善目前大量存在的，仍然依靠社会福利或税收优惠生活的单身父母的状况之前，如何建立这种制度还有待讨论。所以，虽然从理论上来说，应该通过税收和社会福利制度支持婚姻，但目前看来，这似乎不大可能。要想消除当前存在的对婚姻的财政偏见仍很困难。

除了税收和社会福利之外，在其他领域，婚姻也应该受到“礼遇”。在一些地方，法律规定只有已婚者才可能将其配偶移民至该地区，只有已婚者才能收养孩子，只有已婚者生育子女才能得到公共财政的支持，未婚者或同居者都享受不到这些待遇。可是，在许多地方，这些做法因其公平性受到质疑，而不得不部分或全部被停止。实际上，这种质疑是毫无道理的。在决定一个人的配偶是否可以移民，孩子给谁收养以及给谁生育补贴时，政府需要确切地知道该情侣的情况，政府需要一个可靠的信号。而婚姻就是这样一种可靠的信号。如果一对情侣可以依法结婚，但他们却没有这么做，那么，有理由认为他们之间的关系尚不稳定。当然，这种判断可能并不适用于每个个案，但是，公共政策的制定是基于一些普遍的、易得的信息，而不是隐藏在这些普遍信息后的个案的特殊情况。

五、同性婚姻

对异性恋情侣来说，婚姻状况是两人关系稳定性与否的有效

---

〔16〕 英国的家庭储税金制度参考美国的已赚得收益客税扣除制度进行了修改。Eissa 和 Hoynes 经过数据分析，认为美国的已赚得收益客税扣除制度使美国一定年龄段的离婚率和私生子增加。因为这种制度使低收入的单亲父母能够得到很多税收优惠，但是，如果他们和配偶生活在一起，而配偶的收入足以使其摆脱贫困，他们就得不到这些优惠。英国的家庭储税金制度也大同小异。

信号。如果他们拒绝结婚,其他人有理由怀疑他们是否能给彼此以可靠的承诺。但这种方法对判断同性恋之间的关系却不适用,因为,目前,在大多数国家,法律仍不允许同性婚姻。法律应该允许同性婚姻吗?或者说,是否可以建立一种与婚姻相同的机制,专门用于同性恋者,就像佛蒙特州建立的"民事联合"制度。建立一种有效的机制,使同性恋得到公众的认可和法律的支持,这对那些希望外界知情,并希望加强彼此的承诺的同性恋者来说,是有益的。这对其他希望知情的人来说,也是有利的。〔17〕

但是,反对之声也是不绝于耳。有人认为,同性恋是一种可治愈的生理和心理失调;有人认为,同性恋是一种不可宽恕的原罪,不应得到官方的承认;也有人认为,婚姻的重要功能是生育后代,但同性恋做不到这一点。〔18〕许多反对者,例如,弗兰克·巴克利认
149 为允许同性婚姻就像打开了潘多拉的盒子。一旦允许同性婚姻,就很难避免一夫多妻、一妻多夫、近亲结婚甚至乱伦的现象。而且,这对儿童也会产生不利影响。目前,同性恋者抚养的孩子大多数和一方有血缘关系,多数是该方在以前的异性恋关系中生育的孩子。在许多地方,同性恋者收养没有血缘关系的孩子十分困难或者是违法的。如果将同性婚姻合法化,这些限制将减少,同性恋者收养没有血缘关系的孩子的现象将十分普遍。反对同性婚姻的人认为这对儿童十分不利,但支持者却不这么认为。〔19〕

---

〔17〕 Jonathan Rauch (1996)在一篇很有影响的文章《新的团体》中阐述了这些要点。

〔18〕 Sullivan (1996) 对这些主题有过详细的讨论。关于同性婚姻的论文,包括早期被 Rauch 引用的文章,被收录到了 Sullivan (1997)。也可参见 Wald (1999)。

〔19〕 目前,对无血缘收养这一课题的研究较少,因此,很难对这一问题做出准确的判断。Sullivan (1997)第七章中包括一些有关同性恋者抚养孩子的研究资料。其中,Belcastro 和他的同事指出,目前关于这一问题的研究,大多数存在着严重的缺陷。而且,这些研究资料大多数是关于女同性恋抚养孩子的情况,而缺少男同性恋抚养孩子的资料。而且这些资料中只字未提同性恋者收养与任何一方都没有血缘关系的孩子的情况——尽管这种情况现在不多,但并不稀奇。

而另一些人反对同性婚姻的理由则与本文的主题有着密切的关系，即婚姻的信号功能。在西方社会，婚姻首先被认为是一种终身的、性上排他的联合。同性婚姻的反对者认为，同性恋者不会遵守这一规则。他们会拒绝终身的一夫一妻制，甚者比现在的异性恋者更频繁地离婚、再婚，而且同性恋者的性生活比较混乱。反对者认为，同性恋者的这种态度和行为将有损婚姻制度的名声，破坏异性婚姻的价值，引起社会生活的混乱。

在评价这些观点之前，有必要说明的是，在目前的同性恋人口中，希望结婚的只是极少数。目前，大约 2% 的人是同性恋，而这些人中，希望结婚的是极少的一部分。[20] 我们可以从丹麦的实际情况来估算一下同性恋结婚的可能的数量。1989 年，丹麦的法律实行“登记家庭伴侣”制度，以适用于同性恋者。在这一制度中，除了对收养权进行限制以外，同性恋者享有与异性恋者大体相同的法律权利。在这之后，大约 5000 名男同性恋和女同性恋登记为“家庭伴侣”，而后，有 700 人分手。丹麦大约有 500 万名居民，上述数字表明，大约 1/1200 的人现在仍然处于登记的同性伴侣关系之中，有 1/ 7000 的人以前曾是登记“家庭伴侣”。不管这些人的行为 150
如何，很难说，这么少的人口会对异性婚姻产生决定性的影响？当然，可能异性婚姻机制的微小变化就会产生严重的不良后果。因此，虽然这个数字很小，公众仍有兴趣关注同性恋者的婚后行为。

同性恋者结婚以后会怎样呢？许多同性恋者拒绝一夫一妻制和终身的承诺，但持有这种观点的人大多不会结婚。也有许多同性恋者相信终身的承诺，支持同性婚姻，因为他们希望通过婚姻向外界表明他们对彼此的承诺以及增强他们的感情。丹麦的经验表明，大多数持有后一观点的同性恋者会选择结婚。而且，登记的同性伴侣的关系比较稳定，1989 年以来，登记的同性伴侣，现在只有

---

〔20〕 Laumann 等人(1994, fig. 8.1)指出，大约 1.4% 的女性和 2.8% 的男性是同性恋。Black 等人(2000)则在其著作中对这一数据的准确性进行了仔细的讨论。

1/7 的人分手。

同性伴侣的婚外性关系的情况又如何呢？同性伴侣会遵守传统的规则吗？同性婚姻的积极倡导者，安德鲁·沙利文极力批判通奸行为(Sullivan, 1997, pp. 280—281)。其他人，例如，埃文·戴维斯、乔纳森·劳赫，支持同性恋者终身的承诺以及互相扶持、照顾，但他们认为，男同性恋者的性生活比较混乱，建立在性排外基础之上的婚姻并不适合他们(Rauch, 1996; Davies and Phillips, 1999)。这与那种认为男人天生性生活混乱，只有女人才忠实的观点是一致的。美国和英国对同性恋之间性生活的混乱情况进行了调查，并提供了以下论据。[21] 男同性恋的平均性伴侣数量是异性恋男性数量的两到三倍。[22] 但是，那些性生活混乱的毕竟还是少数，许多男同性恋者也支持“一夫一妻”制。在英国的调查中，40%以上的男同性恋者在最初的五年中，只有一个性伴侣，而这段时间，大约 1/4 的男同性恋者有 10 个以上性伴侣。同样的调查显示，女同性恋者更为忠实。60%以上女同性恋在最初五年中只有一个性伴侣，只有极少数人在这段时间内有 10 个以上性伴侣。但是，美国的类似调查表明，女同性恋的性伴侣数量大约是异性恋女性的 3 至 5 倍。像男同性恋的情况一样，那些生活极其混乱的也
151 只是少数。

尽管许多同性恋者私生活混乱或者关系极不稳定，但这些对同性婚姻到底有什么影响还不得而知。许多喜欢滥交的同性恋者可能不会选择婚姻，而另一些则会在结婚后改变自己的行为。如果性上的排他机制同样适用于同性婚姻，成为同性婚姻的准则，那么，婚姻对那些希望拥有这样关系的同性恋者来说，将是一个理想的制度。通过结婚，他们可以像异性婚姻一样，向彼此以及外界传递信号，表达他们的愿望。而问题的关键在于，应该保证，只有那

---

〔21〕 证据来自 Laumann et al.(1994) 和 Wellings et al.(1994)。

〔22〕 Laumann et al.(1994, table 8.4)和 Wellings et al. (1994, table 5.10)。

些可以坚守自己承诺的同性恋者才能结婚。否则的话，如果离婚和滥交成为同性婚姻的常见现象，那么，婚姻对那些希望对外传递信号或加强彼此性上排外的承诺的同性恋者来说，将失去意义。

目前，只有荷兰建立了完全的同性婚姻制度，荷兰现有的婚姻法将原来的同性恋行为合法化扩张到同性婚姻合法化。继丹麦之后，许多欧洲国家和其他国家也实行“登记家庭伴侣”制度，并赋予他们更多的权利和义务，而这些权利和义务原本只有异性婚姻才能拥有。有时候，异性恋和同性恋都登记为“伴侣”而不是“夫妻”，事实上，这种伴侣关系只是一种被认可的同居关系。但是，许多同性恋者并不满意这种制度，因为他们希望建立一种类似于传统的婚姻机制，使他们得到公众的认可。佛蒙特州最近的做法得到了他们的认可，似乎有借鉴意义。在佛蒙特州，同性情侣可以组成一种官方认可的“民事联合”，这种制度与异性婚姻一样，也包括宣誓以及一些相同的法定权利和义务。丹麦和欧洲的许多其他国家的法律都限制同性情侣收养没有血缘关系的儿童，但与此不同，佛蒙特州的法律规定，民事联合的双方和异性婚姻的夫妻拥有同样的收养权。因为民事联合不适用于异性之间，所以，它实际上是同性婚姻的代名词。

尽管许多同性恋者欢迎佛蒙特州的民事联合制度以及与之类似的制度，但他们认为这仅仅是实行完全的同性婚姻制度的过渡时期。他们反对佛蒙特州的新法所鼓吹的“分离但是平等”这一哲学，他们的最终目标是消除异性婚姻与同性婚姻在法律上的所有区别。他们理想中的婚姻法应该是调整两个人之间的婚姻关系，而与他们的性别无关。尽管从心理上以及政治观点上，这种想法是可以理解的，但是，他们忽略了婚姻的信号功能这一问题。假设同性恋夫妇与异性恋夫妇对婚外性行为的观念有着天壤之别，那么，用同一个制度——婚姻来调整这两种不同的关系，这对他们都没有好处。同性恋者会因为要保持本不适合他们的忠诚而倍感压 152
力，而异性恋者会觉得同性恋者的婚外性行为破坏了婚姻这一制度的名声。而解决这一问题最佳的途径便是区别对待，建立两种

机制——对异性恋者，用婚姻加以调整，而同性恋者则适用民事联合或登记伴侣制度。这两种机制都要求双方承诺共度一生，互相扶持，只是对对方性行为，即忠诚度的期望值有所不同。

六、结论

在经济生活和社会生活中，信号起着至关重要的作用。任何形式的合作都需要交流，因此，就需要传递信息的手段。而婚姻至少在两个层面上起着信号的作用：一方面，决定结婚对当事人来说，意味着双方要建立一种长久的关系，并将此作为各种行为的出发点。另一方面，决定结婚是要告诉其他人，他们之间形成一种互相承诺的关系。这些信息对当事人和社会都十分重要，尤其是对那些与家庭有关的公共机构来说，更是如此。但是，在不同国家和地区之间，承诺的内涵有所差别，这会产生什么影响呢？在西方国家，人们普遍认为婚姻是永久的承诺，是互相扶持、性上排他的一种关系。这也是大多数人希望通过结婚传递的信号。但是，现代的法律变化趋势和社会发展趋势降低了这一信号的可信度。现在，离婚变得更加容易，对遗弃行为以及严重的不当行为，例如通奸，法律的惩罚减轻或已不再加以惩罚，离婚率急剧增加。因此，无论对当事人来说，还是对社会大众来说，婚姻已经不再是一个有效的信号。这意味着信息的缺失，人们很难区分承诺和未承诺。但即使这样，婚姻的可信性并未完全丧失。已婚夫妇的承诺仍比同居者要可靠得多，婚姻仍然是关系持久性的最好的衡量尺度。因此，如果人们希望传递彼此的承诺，他们仍可以选择结婚。同样，关心家庭稳定与否的公共机构仍可以将已婚夫妇与未婚情侣加以区别对待。公共机构的这种做法有时被指责是一种歧视，就像种族歧视一样。但这种比喻是不恰当的。因为，与种族的不可选择性不同，婚姻是一种自愿选择的行为，同居通常也是当事人自

愿选择的结果。同性同居可能是个例外,因为,到目前为止,在大多数国家,同性婚姻仍然尚未合法化。 153

从信号传递的角度来看,应该像荷兰的法律一样,允许同性婚姻的存在或者像佛蒙特州或许多欧洲国家那样,建立起适用于同性恋者的特殊机制,例如,民事联合制或登记同居制。为了使这些制度成为有效的信号,应该像对待异性婚姻一样,赋予同性恋者以重要的权利和义务。这里,需要强调的是,本文主要从信号传递的角度对给予同性结合以法律认可进行了探讨。实际上,给予同性结合以法律认可是个极其复杂的问题,涉及多方面的问题,不是本文所能涵盖的。所以,本文旨在就问题的一方面进行理论探讨,而不是呼吁对同性结合给予法律上的认可,尽管文中一些观点有此倾向。 154

参考文献

Akerlof, George A. (1998), "Men without children", *Economic Journal*, 108,287—309. Becker, Gary S. (1976), *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago: University of Chicago Press.

(1991) *A Treatise on the Family*, Cambridge, MA: Harvard University Press. Bishop, William (1984), "'Is He Married?' Marriage as Information", *University of Toronto Law Journal*, 34,245—263.

Black, Dan, Gary Gates, Seth Sanders, and Lowell Taylor (2000), "Demographics of the Gay and Lesbian Population in the United States: Evidence from Available Systematic Data Sources", *Demography*, 37,139—154.

Brinig, Margaret F. (1999), "Contracting around No-Fault Divorce" in Frank H. Buckley (ed.), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Durham, NC: Duke University Press.

Brinig, Margaret F. and Steven M. Crafton (1994), "Marriage and Opportunism", *Journal of Legal Studies*, 23,869—894.

Buckley, Frank H. (1999), "Marriage and Homosexuals", in Douglas W. Allen and John Richards (eds.), *It Takes Two*, Toronto: C. D. Howe

Institute.

Daly, Martin and Margo Wilson (1998), *The Truth about Cinderella: a Darwinian View of Parental Love*, London: Weidenfeld & Nicolson.

Davies, Evan and Melanie Phillips (1999), *A Fruitless Marriage? Same-Sex Couples and Partnership Rights*, London: Social Market Foundation.

Deech, Ruth (1980), "The Case against the Legal Recognition of Cohabitation"in John M. Eekelaar and Sanford N. Katz (eds.), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Toronto: Butterworth.

Dnes, Antony W. (1998), "The Division of Marital Assets Following Divorce", *Journal of Law and Society*, 25,336—364.

Egerton, Brooks (2000), "Denmark Settles into Partnership Law while Gay-Union Debate Rages in U.S.", *Dallas Morning News*, 30 April.

Eissa, Nada and Hilary W. Hoynes (1999), "Good News for Low-Income Families? Tax-Transfer Schemes and Marriage", *Department of Economics*, University of Califoraia, Berkeley, mimeo.

Ellman, Ira M. (1989), "The Theory of Alimony", *California Law Review*, 77,3—81.

Ellman, Ira M. and Sharon Lohr (1997), "Marriage as Contract, Opportunistic Violence, and Other Bad Arguments for Fault Divorce", *University of Illinois Law Review*, 3,719—772.

Ermisch, John (1997), "Premarital Cohabitation, Childbearing and the Creation of One-Parent Families", in Inga Persson and Christina Jonung (eds.), *Economics of the Family and Family Policies*, London: Roufledge.

Ermisch, John and Marco Francesconi (2000), "Cohabitation in Great Britain: Not for Long, but Here to Stay", *Journal of the Royal Statistical Society*, Series A, 163(2),153—172.

Gibbons, Robert (1992), *A Primer in Game Theory*, New York: Prentice Hall.

Kiernan, Kathleen (1999),"Childbearing outside Marriage in Western Europe", *Population Trends*, London: Office of National Statistics, 11—20.

Landes, Elisabeth (1978), "The Economics of Alimony", *Journal of Legal Studies*, 7,35—63.

Laumann, Edward O., John H. Gagnon, Robert T. Michael, and Stuart Michaels (1994), *The Social Organization of Sexuality: Sexual Practices in the United States*, Chicago: University of Chicago Press.

McRae, Susan (1993), *Cohabiting Mothers: Changing Marriage and Motherhood?* London: Policy Studies Institute.

Morgan, Patricia (2000), *Marriage-Lite: The Rise of Cohabitation and Its Consequences*, London: Institute for the Study of Civil Society.

MORI (1994), *Public Attitudes to Marriage, Divorce and Family Mediation*, London: Research Survey Conducted for the Lord Chancellor's Department.

Morse Jr., Adriaen M. (1996), "Fault: A Viable Means of Re - injecting Responsibility in Marital Relations", *University of Richmond Law Review*, 30, 575—651.

Nock, Steven L. (1998), *Marriage in Men's Lives*, New York: Oxford University Press. Parkman, Allen M. (2000), *No-Fault Divorce: What Went Wrong?* Lanham, MD: Rowman & Littlefield.

Posner, Eric A. (1999), "Marriage as a Signal" in Frank H. Buckley (ed.), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Durham, NC: Duke University Press, 245—255.

Rauch, Jonathan (1996), "For Better or Worse?", *The New Republic*, 6 May, 18—23. reprinted in Andrew Sullivan, *Same-Sex Marriage: Pro and Con*, New York: Vintage Books, 1997.

Ross, Catherine E. (1995), "Reconceptualizing Marital Status as a Continuum of Social Attachment," *Journal of Marriage and the Family*, 57, 129—140.

Rowthorn, Robert (1999), "Marriage and Trust: Some Lessons from Economics", *Cambridge Journal of Economics*, 23, 661—691.

Scott, Elizabeth S. (1990), "Rational Decision-Making about Marriage and Divorce", *Virginia Law Review*, 76, 9—94.

Scott, Elizabeth S. and Robert E. Scott (1998), "Marriage as a Relational Contract", *Virginia Law Review*, 84(7) 1225—1334.

(1999) "A Contract Theory of Marriage", in Frank H. Buckley (ed.),

The Fall and Rise of Freedom of Contract, Durham, NC: Duke University Press, 201—244.

Smart, Carol and Pippa Stevens (2000), *Cohabitaiion Breakdown*, London: Family Policy Studies Centre.

Spence, Michael (1974), *Competition in Salaries, Credentials, and Signaling Prerequi-sites for Jobs*, Stanford, CA: Stanford University Press.

Stanton, Glenn T. (1997), *Why Marriage Matters*, Colorado Springs: Pinon.

Stets, Jan E. and Murray A. Straus (1995), "The Marriage License as a Hitting Li-cense: A Comparison of Assaults in Dating, Cohabiting and Married Couples", in Murray A. Straus and Richard J. Gelles (eds.), *Physical Violence in American Families*, New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 227—244.

Sullivan, Andrew (1996), *Virtually Normal*, New York: Vintage Books.

(1997) *Same-Sex Marriage: Pro and Con*, New York: Vintage Books.

Trebilcock, Michael J. (1999), "Marriage as a Signal", in Frank H. Buckley (ed.), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Durham, NC: Duke University Press, 245—255.

Waite, Linda (1995), "Does Marriage Matter", *Demography*, 32 (November), 483—507. Waite, Linda and Maggie Gallagher (2000), *The Case for Marriage: Why Married People Are Happier, Healthier, and Better off Financially*, New York: Doubleday. Wald, Michael S. (1999), *Same-Sex Couples: Marriage, Families and Children*, Seattle: Partners Task Force for Gay & Lesbian Couples.

Wellings, Kaye, et al. (1994), *Sexual Behavior in Britain*, London: Penguin Books.

Whelan, Robert (1994), *Broken Homes and Battered Children*, Oxford: Family Education Trust.

Woodhouse, Barbara Bennett (1994), "Sex, Lies and Dissipation: The Discourse of Faultin a No-Fault Era", *Georgetown Law Journal*, 82, 2524—2569.

Zahavi, A. (1975), "Mate Selection-A Selection for a Handicap", *Journal of Theoretical Biology*, 55, 93—108.

第九章　更好还是更坏？婚姻和离婚中的交易是有效率的吗？

马丁·塞尔德

尽管我们进入和走出婚姻的过程和机制在人类历史的许多时期已成为艺术家和哲学家无法抗拒的主题，可经济学家直到最近才开始将他们的注意力转移到这些现象上来。自然的，经济学的研究方法将研究重心放在了潜在配偶（婚前）或真实配偶（婚中或关于离婚）间交易的性质和结果上。这章努力回顾有关这种交易的文献著作，专注于两个议题：每种背景下交易的性质以及这种交易是否带来有效率的结果。这章主要由四部分组成：第一部分分析婚姻形成中的交易；第二部分评价婚姻中的交易；第三部分评估离婚过程中的交易；第四部分得出结论。

一、婚姻形成中的交易

像库普曼和贝克曼（1957）首先认为的，形成婚姻的交易最初是作为一种分配问题而被分析的。贝克尔（1973、1974、1991）是将这一分配模型应用于婚姻问题的第一人。这一模型认为婚姻产出

的分配是内长的。[1] 在贝克尔的模型中,交易同时解决了关于婚姻的三个问题:是否结婚、与谁结婚以及如何分配婚姻盈余。

正如最初规定的,这一交易不包括战略行为:不管由于单身还是由于某一特定婚姻而得到个人博弈的报偿都是公共信息。结果,婚姻是一个竞争的均衡,个体对婚姻选择从而使所有婚姻的社会总价值最大化,换句话说,贝克尔的模型中,婚姻的均衡是一个帕累托最优;任何能增加某一个体福利的对婚姻伴侣的重新安排
157 都会减少其他人的福利。

贝克尔明确区分了有效率的婚姻市场与婚姻市场效率假设的区别:

> 而且,我还要强调,总产出最大化的最佳值是一个定理而不是关于行为的一个假定。每个男人和女人都被假定只关心他或她自己的"自私的"福利,而不关心社会福利,然而,在追求他们的私利过程中,他们不经意地被婚姻市场中竞争这只"看不见的手"引导,而使得总产出最大化。(Becker,1991,p.112)

因此,从博弈理论上理解,这一模型认为在婚姻的决定过程中不存在交易。尤其,贝克尔强调均衡是个体福利最大化的结果,并非社会福利最大化的结果,他反对将婚姻选择均衡视为合作博弈的结果,如果这样认为,则效率是被假定而不是被推断出来的。

支持贝克尔有效婚姻市场模型的假设是休恩和路易(1999)提出来的。他们从 1976 年香港地区人口调查数据中估算了具有特殊个体特征(教育情况、年龄、薪水、出生地)的少数婚姻产品。由此推出样品中 772 对夫妇的婚姻产出最大化组合,并将理论上的

---

〔1〕 相反,Becker (1991)注意到 Gale 和 Shapley (1962)构思的婚姻模型中,婚姻收益的分配是不变的。

最佳状态与实际的进行了比较。依照这一比较，如果能达到最佳状态，实际配对占了理论上可用盈余的 80%。因此，他们推论，由于分析只是建立在对四个特征（如上所述）进行测量的基础上，所以才会导致 20%效率的丧失，可见，“起源于有效婚姻市场假设的经验模型与数据十分吻合”（Suen and Liu，1999，p.45）。

当然，原则上，婚姻选择的合作式和非合作式博弈理论模型都可以作为贝克尔模型可供选择的方案。但是合作博弈在一个追求个人福利最大化的环境中〔2〕是不切实际的，因此，很难实现帕累托最优，所以，非合作博弈模型就成了贝克尔竞争市场模型合乎逻辑的替代品。

伯格斯特龙和伯格纳里（1993）在一个模型中，将单身者质量的信息描述为隐私。他们明确地假定单身男性（视为主要收益）的质量直到后半生才显露出来，而单身女性的质量则是常识。他们限制个体只能选择早婚或晚婚；终身独身是不允许的。藉由这一 158
结构，他们想说明，单独均衡以稳定的状态存在，意味着帕累托最优是不可能的。

举例来说，在备选方案非合作博弈中，战略空间比较宽，不可能产生独特的帕累托最优的均衡。当然，我们可以对伯格斯特龙和伯格纳里的模型进行修改，规定拒绝婚姻博弈，而保持独身，可以作为一个附加可得的战略。假定这个精心制作，标准却无效率的柠檬模型均衡——或分开或结合——是合理的，则高质量配偶会由于逆向选择〔3〕而被部分或全部从婚姻市场驱逐出去。

伯格斯特龙（1996）提到了信息问题的第二种类型——道德危

---

〔2〕 也许合作竞赛的方式会在一个存在真实利他主义的小村庄里适合用于计划婚姻（下面将做简短讨论）。

〔3〕 Bergstrom 和 Bagnoli 把他们的说成是“解开婚姻‘柠檬’模型逻辑纠结的有用的第一步”（Bergstrom 和 Bagnoli，1993，p.187）。“柠檬”模型描述了市场上的好商品由于不能完全被买主发现他们的高质量（如在婚姻中）；结果，低质量商品（“柠檬”）的卖主将会把一些高质量商品的卖主逐出市场。

机,而且描绘了他对婚姻市场均衡的定义。这种道德危机的根源是,一经结婚,婚姻并不能够可信地实现个体预期的婚姻盈利的分配。如果他们可以这么做,婚姻市场均衡将会是帕累托最优的。如果承诺不可信,则非合作的交易并不一定带来帕累托最优状态。如果政府的传统使其不愿强制维持婚姻和加强有关婚姻义务的规定,非可信承诺的假定就是可能的。

布里尼格(1990)评论了一种特殊的承诺问题——违背婚约。她在其创造性的调查中为一个众所周知的婚姻约束机制——钻石戒指订婚——的重要性找到了绝对的经验主义的支持。布里尼格特意调查了对"毁弃婚约"做出制裁规定的子法,这些子法规定,如果已定婚女子的未婚夫失信于她,该女子拥有控告该男子的权利。1935 年之前,各州相继废止了"毁弃婚约"法,使那些州被抛弃的女人们失去了有形的法律依据,因此,布里尼格的假定引起了对钻石戒指订婚的需求,人们想以此约束男性,使之不再毁弃婚约。1935—1960 年这一时期,"毁弃婚约"法日渐衰退,她发现,随着被这一法律所覆盖人口百分比的降低,人们对于钻石戒指的需求日渐上升。[4] 这暗示我们,如果不对毁弃婚约行为进行任何惩罚,婚姻将很难促成。

布里尼格和艾里克伍(1995)谈到了道德危机的另外一种形式——婚姻欺诈。当一方借欺骗另一方使婚姻达成,而婚姻在其他情况下不可能发生时,法律上则认为这是婚姻欺诈行为。此类欺诈行为包括编造个人社会身份,谎称怀孕,婚前隐瞒不能让对方
159 知道的事实(例如,不想要孩子),不能或不愿结婚以及不公开自己的宗教信仰等。布里尼格和艾里克伍假定过错离婚和判决婚姻无效将最终取代经由欺骗而达成的婚姻,因为两者都考虑到了决定结婚过程中欺骗因素的存在。相反,无过错离婚法通常不追究过错方的责任。因此,在无过错逐步取代过错的法律改革进程中,判决婚

---

〔4〕 Brinig 在她同时的系统中还包括了人均国民收入和一定时期假货等因素。

姻无效将更常见，因为这是处罚欺诈的惟一可得的机制，1965—1987 年美国 55 个州联合对这一假设进行了跨区域测试，结果发现，已经转为实行无过错离婚法的州，婚姻被判为无效的几率极高。仰赖他们的规模和他们的征税概率，反映在离婚解决过程中对于欺诈的惩罚措施可能引起更多婚姻欺诈行为的发生。

法律系统干涉婚姻形成的另外一种主要方式是通过税收法规。[5] 尤其很多发展中国家征收婚姻“处罚税”。对一对夫妇来说，他们结婚要比他们单身[6] 承担更多的纳税义务。经济学家最近已经注意到了这种婚姻处罚税对人们决定是否结婚的影响。通过分析美国 1947—1988 年的统计数据，阿尔姆和惠廷顿(1995)发现，婚姻税的负担使结婚率显著降低，虽然影响的程度很小，他们还进行了一个类似的调查(Alm and Whittington，1999)，想看看这种阻碍婚姻的影响在个体身上是否同样存在。1968—1992 年这段时期，他们发现越来越重的婚姻税负担明显降低了女性新婚的概率，但对男性而言，这种影响不存在，对女性影响的程度也并不大。此外，他们还发现，较高的婚姻课税负担延迟了美国(Alm and Whittington，1997)、加拿大、英格兰和威尔士人(Gelardi，1996)的结婚时间。如果不采取一定的干预措施来调节婚姻市场，而使婚姻由于课税负担的加重而取消或延期，会造成大量损失。

除政府干预外，在父母包办情况下，也可能形成不理想的婚姻。计划婚姻经济学是对主体——代理文献的应用，但至今还未被经济著作正式研究过。(据 Econlit 的调查)在一种计划婚姻文

---

〔5〕 虽然本章没有提到，但最近的考察福利和婚姻状况的调查是混合在一起的，一些文件(例如，Moffitt，1994 和 Hoynes，1997)发现在福利接受和单身女人引导的家庭可能之间没有重大联系，其他文件(例如，Eissa4 和 Hoynes，1999 和 Schltz，1998)却发现了一个这样的关系。

〔6〕 然而 Pechman 和 Engelhardt (1990)1989 年在 11 个发展中国家组织的成员国中都发现了婚姻处罚，Zelder 和 Basham (2000)也在著作中提到一些加拿大夫妇领取婚姻补助金。

化(在那里,子女没有自己选择配偶的权利)中,父母是子女的契约
160 代理人。像这样,在不太可能获得最佳配偶的婚姻选择契约中,父母的效用最大值将与其子女不同。换句话说,在委托代理模型中,虽然计划的婚姻是帕累托最优的,但它并不一定能带来婚姻产出的最大化。[7] 此外塞尔德(1997b)还发现,即使在利他主义情况下,这种婚姻的无效性依然存在。最后,计划的婚姻可能是卡尔多—希克斯无效率,子女由于婚配错误而遭受的伤害要超过父母安排婚姻当中获得的利益。正如贝克尔在描述"传统"社会时所说"如果这些家庭可以继续从他们的结合中受益的话,这些社会中不快乐的夫妇的家人就会劝他们放弃离婚"(Becker,1991,p.346)。

二、婚姻中的交易

婚姻一经形成,如何分配婚姻资源的问题就出现了。当然,设想的婚姻资源分配建立于假定的交易模型之上。我们已经提到了四个一般模型:贝克尔的"共享"模型、以离婚作为威胁点的合作式博弈、以婚姻中"分开范围"作为威胁点的合作式博弈和非合作博弈。

在"共享"模型中,婚姻资源的分配要有利于共同目标的实现,如实现丈夫和妻子的共同收益的最大化。在兰德斯(1978)的著作中,我们发现了这种模型的一个早期例子,妻子在劳动力市场和家庭之间分配她的时间,以实现家庭总收益的最大化。婚姻的最佳状态,对她(和对其配偶)而言,意味着她将时间花费在家务上,所导致的劳动力市场收入和收益能力的减少正好被更多的家庭产出和丈夫更高的劳动力市场收入所弥补。

---

〔7〕 当然,这一结论也存在例外,就是当父母和子女的选择一致时,当子女合理地选择他们的父母做他们的代理人的时候(而不是将这一条约强加给他们)。

在下面任何一种假设下，婚姻收益的最大化似乎都是可以实现的：离婚是不可能的（或极端罕见）或者在离婚收益方面达成合约不存在较大障碍。然而第一个判断——离婚极端罕见——在绝大多数文化中并不存在，第二个——完善契约，如兰德斯最初指出的，在有效率的离婚解决制度下，它是有可能存在的。在缺乏离婚制度（而且约束婚姻的契约不具强制性）的情况下，兰德斯证明妻子们将比在有效率的离婚制度下，无论在家庭事务还是在丈夫的收益能力方面投入更少。但是，如果法律对离婚后的扶养费的支 161
付问题做了有效规定，她们的时间分配将会使婚姻收益最大化。

这一共同收入最大化模型从20世纪80年代以来遭到了曼瑟和布朗（1980）及麦克尔罗伊和霍尼（1981）的批判，他们在两篇博弈理论论文中说它是不现实的。批判以共同收入的最大化模型的一个先前预测为根据：不管是哪一家庭成员得到那份额外的家庭收益，它对消费具有相同影响。尽管和这一先前预测的相反证据直到20世纪90年代才被援引（Lundberg and Pollak，1996），但是这些证据直觉上毫无疑问地证明了较早由曼瑟和布朗及麦克尔罗伊和霍尼提出的理论模型。在他们的结构中，婚姻资源分配中的交易是合作博弈的模型。这种方法与共同收入最大化模型既有联系又有区别。两种模型都是包括帕累托最优的均衡：共同收入的最大化模型（通过推理），合作博弈模型（通过假设）。但是在用合作博弈模型进行分析时，都把配偶中任何一方作为拥有自身效用的独立个体来看待，并且这些配偶都反对共同收入最大化模型中的共享方式。

任何合作博弈都包含一个威胁点；在曼瑟—布朗和麦克尔罗伊—霍尼模型中，威胁点就是离婚。这意味着，在对婚姻收益进行分配的交易中，配偶中任一方都会拒绝接受会使他（她）的状况比离婚更加恶化的分配份额。与离婚相比，配偶们能从婚姻中获得多少利益取决于婚姻收益分配的交易规则。在一种“独断”的交易规则下，非专断方只能取得他（她）的威胁价值；相反，在与纳什模

型一样的平等交易规则下，婚姻盈余则会被相对较平等地分配。然而，如果不考虑交易规则的因素，最后的资源分配是帕累托最优的。当然，这一财产是存在的，因为，我们在合作博弈结构中已经假定过了。

包含在这些模型中的重要创新被伦德伯勒和波拉克(1993)做了有趣的变更。虽然他们保留了合作博弈的假定，但是他们却对威胁点做了实质的改变。他们清楚地看到，现实中，对于许多夫妇来说，如果他们不能就婚姻收益分配达成一致意见，将导致婚姻中非合作均衡的出现，而不是离婚。这"分离范围"威胁点，以配偶双方对若干家庭公共物品的自愿投入为特征。在某些情况下，这种均衡包括夫妇双方的角点解。在此情况下，丈夫在分配资源给公共物品(如家庭修理)时，忽略了妻子的偏好，同样，妻子在为公共
162 物品 2(照看子女)分配资源时又忽视了丈夫的偏好。此类行为是纳什均衡的特性，并且，包含了家庭中每件事务的资源分配不足。因此，威胁点包括婚姻中资源的无效率配置。但是，如果威胁点取消后，婚姻盈余及其分配就是有效率的。

如果表示婚姻资源配置特色的博弈是非合作的，那么，非帕累托最优的婚姻配置是合理的。伦德伯格和波拉克(1994)分析了一对夫妇非合作地决定对婚姻公共物品的分配博弈。在这种设定下，他们证明，即使不可能离婚时，婚姻的纳什均衡在博弈是单向的情况下一定是无效率的，如果重复博弈，它可能是无效率的，只有当存在有效惩处的情况下，帕累托最优的均衡才会在重复博弈中发生。

第二种可能存在无效婚姻的博弈体制是协调博弈，丈夫和妻子就是否对两类家庭公共物品的提供进行具体分工以及每方负责哪类物品达成协调意见(参见 Lundberg and Pollak, 1994, 1996)。分工的明确带来了递增利润，根据配偶双方对公共物品的分配的不同，存在两个纳什均衡。然而，如果配偶双方的公共物品是不可互换的，那么当公共物品没有按照夫妻的比较优势进行分配的话，

这种均衡将会是帕累托次优的。

最后，在其他很多适用的非合作博弈中，宾莫(1985)对鲁宾斯坦(1996)的连续交易模型进行了扩展，伯格斯特龙(1996)对扩展后的模型进行了讨论。然而，只要契约达成，鲁宾斯坦的模型包括固定的婚姻收益的分配，而且暗示了一个(0,0)威胁点，宾莫则在他扩展后的模型中包括对配偶各方来说有非零收益的威胁点。宾莫证实说这一博弈的惟一子博弈完美均衡是帕累托最优。将之用于婚姻，伯格斯特龙说宾摩的非零威胁点是“粗糙的词句和烤糊的土司面包”(Bergstorm, 1996, p.1926)。在这样一个模型中，伯格斯特龙辩解说，由于其大量沉没成本，离婚是一个很大的威胁(Bergstrom, 1996, p.1926)。

当然，其他的非合作博弈可能有非帕累托最优的均衡，布里尼格和克拉夫顿 (1994)非正式地描绘了一个这样的博弈。他们设定，由离婚引起的威胁的性质取决于正在执行的法律制度，他们具体解释说，在那些实行无过错离婚法的州中，判决是否维持婚姻时并不追究有过错一方的责任，离婚对于收入较高者来说并不是一个巨大的威胁。当法律不追究责任时，它的纵容使虐待之类的婚 163
姻过错变得越来越普遍。布里尼格和克拉夫顿对这一问题进行研究，结果发现，1987 年施行无过错离婚法的州存在较高的离婚率。因此，过错理由似乎可以减少虐待之类婚姻投机行为所带来的严重的后果。

三、离婚过程中的交易

不管用哪种机制分配婚姻中的资源，配偶中一方或双方的不满都会引起是否维持婚姻的交易。正如前两部分分析的那样，均衡的性质必然地而且规范地依赖于交易的类型，而交易的类型又不仅依赖于假定存在的合作程度，而且依赖于调整离婚的法律

体制。

首先从经济学的角度对离婚做出分析的是贝克尔、兰德斯和麦克尔(1977)。他们发现了科斯定理(1960 年由科斯首次提出,1998 年,塞尔德对其进行了全面的评论)在预测个人非策略交易最大化均衡方面的正确性。因此,尽管贝克尔、兰德斯和麦克尔并不专门研究离婚的法定理由,但他们确实推论出:“在当事人可以以极小的成本进行交易时,财产权的分配或法律责任不会影响资源的实际分配”(Becker、Landes and Michael,1977,p.1144)。在这种情况下,是否离婚仅仅取决于离婚能否给双方带来收益。当夫妇双方都可以从维护婚姻或离婚中获利时,他们显然会选择维持婚姻或离婚。当配偶一方可以从维护婚姻中获利,而另一方则可以从离婚中获利,但前者获利多于后者时,无论在任何一种“财产权”转让制度下,也就是过错离婚(双方都同意)或无过错离婚(单方面同意)的情况下,婚姻都将(有效率地)得以维系。此时,在过错离婚法下,寻求离婚的一方无法通过交易实现离婚。而在无过错离婚法下,不想离婚的一方则可以通过交易使婚姻得以维系。反过来,当后者获利多于前者时,那么无论在哪种法律制度下(有效率的)离婚都会发生。

这一分析研究被兰德斯(1978)扩大化了,他为这一命题提供了简洁精确的论据。然而,兰德斯进一步承认说科斯所说的交易会存在障碍,尤其是在离婚财产支付问题上。因为把“丈夫”离婚后的收益与妻子离婚前的婚姻投资联系起来达成合约是很困难而且靠不住的,实际上丈夫可能并不会支付有效率的终止契约费。有效率的终止契约费(离婚结算)不仅促使妻子对婚姻进行最佳投入(如第二部分讨论的),而且使离婚量是有效率的。

这一科斯交易模型与塞尔德(1989、1993)提出的涉及婚姻中交易障碍——婚姻公共物品——的相关模型做了对比测试。遵循兰德斯(1978)的建议,塞尔德思考了这样一个问题,当交易涉及公共物品时,在不同的离婚制度下,离婚率是否会受到不同的影响。

具体做法是，塞尔德设计了一个婚姻中共同收入最大化的简单模型，在这个模型中，私人和公共物品都用来实现夫妇中的一方效用的最大化，并最终服从另一方储备效用的满足。婚姻的最佳状态，对很多夫妇来说包括对婚姻公共物品如子女的非零消费，这为交易提供了框架。以父母效用依赖于与子女共同居住的假定为基础，子女在婚姻交易中被视为公共物品，而在离婚交易中却是私人物品。共同居住权尽管在婚姻期间是完整的，但在离婚时就会随着监护被分配。

由于这种复杂性，法律制度中，效率的标准即科斯常量被改变。由于无过错离婚法对交易的限制，效率取决于离婚法。因为夫妇双方在婚姻中对子女的共同消费，这一公共物品给婚姻带来的利润（与离婚相比）在婚姻中不能由一方转移给另一方。如果带给婚姻的利润足够大，那么在无过错制度下，一些具有收益的婚姻也会终止，而在过错制度下则不会发生。由于离婚是在存在收益的情况下发生的，所以这些离婚是卡尔多—希科斯无效的。塞尔德（1993）的经验分析支持这一理论，它认为以子女投资的形式拥有较大部分婚姻利润的一方更有可能离婚，但这仅仅是在无过错的情况下。

离婚决定不仅受离婚法的影响，当然也会受到税收法规的影响。在第一部分中我们讨论了税收对婚姻的影响，现在对于税法和婚姻状况关系的研究著作也越来越多了。因为婚姻“处罚”税在很多国家出现了，经济学家已经在研究这些处罚税是否足以导致离婚。对 1968—1992 年这一时期的代表数据进行考查后，惠廷顿和阿尔姆（1997）发现较大数额的婚姻罚款导致了女性离婚倾向的增加，尽管很小但值得重视。对男性而言，这种影响较小（仅在特定方面比较明显）。他们的结果得到了迪克特·康林（1999）的支 165
持。他对 1990 年以来的代表数据进行分析，发现了婚姻处罚税对离婚可能的影响虽小，但值得关注。在缺乏统一离婚市场或政府无法调整离婚时，由婚姻处罚税导致的离婚将是无效率的。

科斯模型中所说的破坏对称的情况在非合作的交易模型中也会发生。在彼得(1986)的著作中,有关离婚机会的私人信息可能导致"高成本的、无产出的"交易(Peters,1986,p.442)。因而,彼得假定夫妇双方事先对婚姻资源的固定分配达成一致,也就是说,他们同意放弃婚姻持续期间的交易。尽管事实上,国家通常对婚姻中的交易不予以强行要求,但彼得支持固定分配协议的使用,而不愿采用一个"更复杂的博弈理论配置",因为"这些配置似乎并不适合现实世界的婚姻契约"(Peters,1986,p.442,n.16)。

由于固定分配(即没有交易)规则的存在,在这一模型中,会出现无效率的婚姻和离婚决定。关于离婚决定有两个明确的含义。尤其无法对婚姻产出进行交易意味着在双方合意(过错)的离婚制下,一些可以使离婚有效率的交易反而被排除了。因此,在过错离婚制度下,离婚很少发生。相反,在单方(无过错)离婚制下,一些能使婚姻维系的有效率的交易被阻止了,因此,无过错离婚制度下,离婚会大量发生。因此,在这个模型中,在无过错离婚之下,比在过错制度下,会出现更多的离婚现象。在均衡中,尽管哪种制度较好取决于该制度所带来的损失的规模大小,但这两种离婚制度都不是最理想的。无论如何,彼得完全根据经验进行的检验并未发现在这两种制度下离婚率有什么显著不同,得出这一结论的研究并不多。在下面这些论文中,我们会发现在美国(比如 Marvell,1989;Allen,1992;Zelder,1993;Reilly,1997;Friedberg,1998),澳大利亚(Kidd,1995)和加拿大(Allen,1998),[8] 无过错离婚法下离婚率比较高。

韦斯和威利斯发现,另一非合作博弈的主要特征是离婚中对子女"转让"的交易。在他们的模型中,有效率的婚姻状况取决于交易形式。当父母不能对离婚中的转让问题做出让人信服的事前承诺时,他们改为进行事后交易。因为事后交易会使离婚后对子

---

〔8〕 Zelder (1997a)分析了关于无过错的经验性文献的优点和缺点。

女的投资更少，在这种情况下，他们极有可能选择保持婚姻状态。166 对比而言，当可信的事前承诺是可能，离婚后对子女的投资就要增加，离婚也可能发生。〔9〕

最后，克拉克(1999)提出了科斯常量的一个例外。克拉克的理解是，即使把离婚作为一个合作博弈的模型，只有当婚姻和离婚的效用概率不交叉时，科斯常量才适用。然而，当他们交叉时，与斯科特伍基(1941)的悖论相似的现象就会在卡尔多—希克斯有效率的情况下发生。也就是说，婚姻维持还是破裂取决于根本的法律制度(过错还是无过错)。然而，与先前的著作不同，克拉克的研究结果并非以交易成本和其他交易障碍本身为基础。相反，在克拉克的框架中，离婚法却是以合作博弈和效用概率界限相互交叉为基础。

克拉克的合作博弈包含有效率的法律制度所限制的威胁点：威胁点是在过错制度下维系的婚姻和在无过错制度下的离婚，因为这些威胁点受到持久的法律制度的影响，而且允许婚姻和离婚效用概率界限交叉，选择婚姻还是离婚取决于威胁点的分配。因此，由于这些威胁点取决于实行哪一种法律制度，是保持婚姻还是离婚也取决于法律制度；均衡不是不变的，然而，因为假设的合作博弈形式的存在，均衡一定是有效率的。

四、结论

这一调查显示，相对而言，婚姻和离婚交易的经济学刚刚起步。因此，对使用何种模型来研究婚姻选择问题，自然会产生争论。通常，充分的经验主义分析对于解决或至少是阐明这种争论

---

〔9〕 Allen 和 Brinig (1998)发现了有离婚非合作交易的证据，这些证据证明离婚倾向似乎随着两配偶的相对的性需求的变化而有所变动。

是至关重要的。有关试图区分合作博弈和婚姻资源分配的共享模型的著作(比如,Browning et al.,1994)就是一个很好的例子。然而,有关婚姻和离婚的计量经济学著作与理论文献相比是极其有限的。结果,很多家庭政策都是在缺乏经济学分析的情况下形成的。当然,鉴于博弈理论文献中存在众多的均衡概念,在不同的战
167 略婚姻选择模型中加以区分可能是困难的。然而事实是,经济学家正越来越多地投入到家庭模型的研究中来,而且尽管受到诸多争议,但许多重要家庭政策的出台意味着,对婚姻这一重要问题的理性选择的繁荣会给婚姻及社会带来更多的收益。

参考文献

Allen, D. (1992), "Marriage and Divorce: Comment", *American Economic Review*, 82, 679—685.

(1998) "No -fault Divorce in Canada: Its Cause and Effect", *Journal of Economic Behavior and Organization*, 37,129—149.

Allen, D. and M. Brinig (1998), "Sex, Property Rights, and Divorce", *European Journal of Law and Economics*, 5,211—233.

Alm, J. and L. Whittington (1995), "Income Taxes and the Marriage Decision", *Applied Economics*, 27,25—31.

(1997) "Income Taxes and the Timing of Marital Decisions", *Journal of Public Economics*, 64,219—240.

(1999) "For Love or Money? The Impact of Income Taxes on Marriage", *Economica*, 66,297—316.

Becker, G. (1973), "A Theory of Marriage: Part I", *Journal of Political Economy*, 81,813—846.

(1974) "A Theory of Marriage: Part II", *Journal of Political Economy*, 82,S 11—26.

(1991) *A Treatise on the Family*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

Becker, G., E. Landes, and R. Michael (1977), "An Economic Analysis

of Marital Instability", *Journal of Political Economy*, 85,1141—1187.

Bergstrom, T. (1996), "Economics in a Family Way", *Journal of Economic Literature*, 34,1903—1934.

Bergstrom, T. and M. Bagnoli (1993), "Courtship as a Waiting Game", *Journal of Political Economy*, 101,185—202.

Binmore, K. (1985), "Bargaining and coalitions", in Alvin Roth (ed.), *Game-theoretic Models of Bargaining*, Cambridge: Cambridge University Press.

Brinig, M. (1990), "Rings and Promises", *Journal of Law, Economics, and Organization*, 6,203—215.

Brinig, M. and M. Alexeev (1995), "Fraud in Courtship: Annulment and Divorce", *European Journal of Law and Economics*, 2,45—62.

Brinig, M. and S. Crafton (1994), "Marriage and Opportunism", *Journal of Legal Studies*, 23, 869—894.

Browning, M., F. Bourguignon, P.-A. Chiappori, and V. Lechene (1994), "Income and Outcomes: A Structural Model of Intrahousehold Allocation", *Journal of Political Economy*, 102,1067—1096.

Clark, S. (1999), "Law, Property, and Marital Dissolution", *Economic Journal*, 109, C41—54.

Coase, R. (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 3, 1—44.

Dickert-Conlin, S. (1999), "Taxes and Transfers: Their Effects on the Decision to End a Marriage", *Journal of Public Economics*, 73,217—240.

Eissa, N. and H. Hoynes (1999), "Good News for Low-Income Families? Tax-Transfer Schemes and Marriage", Department of Economics, University of California at Berkeley, mimeo.

Friedberg, L. (1998), "Did Unilateral Divorce Raise Divorce Rates? Evidence from Panel Data", *American Economic Review*, 88,608—627.

Gale, D. and L. Shapley (1962), "College Admissions and the Stability of Marriage", *American Mathematical Monthly*, 69,9—15.

Gelardi, A. (1996), "The Influences of Tax Law Changes on the Timing of Marriages. A Two-Country Analysis", *National Tax Journal*, 49,17—30.

Hoynes, H. (1997), "Does Welfare Play Any Role in Female Headship De-

cisions?" *Journal of Public Economics*, 65,89—117.

Kidd, M. (1995), "The Impact of Legislation on Divorce: A Hazard Function Approach", *Applied Economics*, 27,125—130.

Koopmans, T. and M. Beckmann (1957), "Assignment Problems and the Location of Economic Activity", *Econometrica*, 25,53—76.

Landes, E. (1978), "Economics of Alimony", *Journal of Legal Studies*, 7, 35—63.

Lundberg, S. and R. Pollak (1993), "Separate Spheres Bargaining and the Marriage Market", *Journal of Political Economy*, 101,988—1010.

(1994) "Noncooperative Bargaining Models of Marriage", *American Economic Review*, 84,132—137.

(1996) "Bargaining and Distribution in Marriage", *Journal of Economic Perspectives*, 10,139—158.

McElroy, M. and M. Horney (1981), "Nash-Bargained Decisions: Towards a General-ization of the Demand Theory", *International Economic Review*, 22,333—349.

Manser, M. and M. Brown (1980), "Marriage and Household Decision-Making: A Bargaining Analysis", *International Economic Review*, 21,31—44.

Marvell, T. (1989), "Divorce Rates and the Fault Requirement", *Law and Society Review*, 23,543—567.

Moffitt, R. (1994), "Welfare Effects on Female Headship with Area Effects", *Journal of Human Resources*, 29,621—636.

Pechman, J. and G. Engelhardt (1990), "The Income Tax Treatment of the Family: An International Perspective", *National Tax Journal*, 43,1—22.

Peters, E. (1986), "Marriage and Divorce: Informatiohal Constraints and Private Contracting", *American Economic Review*, 76,437—454.

Reilly, S. (1997), "Divorce Laws and Divorce Rates: Evidence from Panel Data", Department of Economics, University of California at Berkeley, mimeo.

Rubinstein, A. (1982), "Perfect Equilibrium in a Bargaining Model", *Econometrica*, 50,97—109.

Schulz T.P. (1998), "Eroding the Economic Foundations of Marriage and Fertility in the United States", *Structural Change and Economic Dynamics*, 9,

391—413.

Scitovsky, T. (1941), "A Note on Welfare Propositions in Economics", *Review of Economic Studies*, 9,77—88.

Suen, W.. and H.-K. Lui (1999), "A Direct Test of the Efficient Marriage Market Hypothesis", *Economic Inquiry*, 37,29—46.

Weiss, Y. and R. Willis (1993), "Transfers among Divorced Couples: Evidence and Interpretation", *Journal of Labor Economics*, 11,629—679.

Whittington, L. and J. Aim (1997), "Til Death or Taxes Do Us Part: The Effect of Income Taxation on Divorce", *Journal of Human Resources*, 32, 388—412.

Zelder, M. (1989), "Children as Public Goods and the Effect of No-Fault Divorce Law on the Divorce Rate", unpublished PhD dissertation, University of Chicago, Department of Economics.

(1993), "Inefficient Dissolutions as a Consequence of Public Goods: The Case of No-Fault Divorce", *Journal of Legal Studies*, 22,503—520.

(1997a), "Did No -Fault Divorce Law Increase the Divorce Rate? A Critical Review of the Evidence", Michigan State University, Department of Economics, mimeo.

(1997b), "Rotten Altmists, Saccharine Altruists, and Saints: Altruism and Social Optimality", *Papers in Political Economy*, 87, University of Western Ontario, Political Economy Research Group.

(1998), "The Cost of Accosting Coase: A Reconciliatory Survey of Proofs and Disproofs of the Coase Theorem", in Steven G. Medema (ed.), *Coasean Economics*, Boston: Kluwev Academic Press.

Zelder, M. and P. Basham (2000), "Does Revenue Canada Play Matchmaker?" *Fraser Forum*, March, 8—10.

第十章　软弱的男人和无秩序的女人：离婚与劳动分工

史蒂文·L·诺克　玛格丽特·F·布里尼格

> 在欧洲，有些人主张将男女两性的不同特征混合，不加以区分，使男女不但平等，而且相似。他们被赋予相同的职责，承担相同的义务，给予相同的权利；这些人主张将他们的一切混合——职业、乐趣、生意。不难设想，试图使一性与另一性平等，可能会使两性的地位都降低；这种荒谬的拼凑除了会使男人变弱，女人变得无秩序之外，什么也不会发生……为了使社会化大生产更好地运行，美国则将主导现代社会化大生产的政治经济的主要原理运用于两性，将他们的义务进行仔细划分。
>
> （托克维尔，1835，ch.XII）

托克维尔关于19世纪初性别关系的政治经济的观察反映了当时普遍流行的雇佣模式：丈夫受雇佣挣钱，妻子从事家务，相夫教子（也可参见 Brinig and Carbone，1988）。但在新的世纪，这种模式已经不能反映大多数美国夫妻的情况。[1] 有些作家猜测，离

---

〔1〕 美国劳工部最近的统计数据显示，15—44岁的女性中，有61.0%受雇佣，相同年龄的男性受雇佣比例为73.6%（Bureau of Labor Statistics News，April 2001，Table A-1；http://www.bls.gov/news.release/pdf/empsit.pdf）。

婚率上升是因为现代的婚姻交易对女性不公平(Parkman,1998)，她们必须在两项事物之间周旋——工作时间加上做家务的时间(Hochschild and Machung,1989)。当然，认为婚姻不公平的配偶可能觉得离婚是更好的选择。传统的婚姻发挥了配偶各自的比较优势，经论证，它比夫妻同时受雇佣并分担家务的婚姻模式更有效率(Becker,1991)。但是，夫妻的专业分工是否能在保持效率的同时保持婚姻的稳定，这方面的研究还是空白，这也正是本文的议题。

根据经济学家加里·贝克尔的观点，即使一个男人和一个女人婚前的职责极其相似，但一旦结婚，他们就会开始进行专业分工(Becker,1991,ch.2;Grossbard-Schechtman,1993;Allen,1992)。当 171
夫妻认识到可以从各自的一项或多项职责的比较优势中获得收益时，分工就发生了。丈夫和妻子将从事两种性质的劳动，贝克尔将其称为市场生产和家庭生产。投身于市场生产的配偶将时间用来工作(挣钱购买商品)和休闲(花钱，或者至少不挣更多的钱)。从事家庭生产的配偶将时间用来为生产家庭产品(或称"Z"产品)和休闲(Becker,1991:32—41)。在家庭产品的生产中，配偶将购买来的商品转化成最终消费品(Gronau,1980)。

因为夫妻一方可能在家庭生产上的比较优势很小，所以贝克尔预测，有效率的夫妻会进行分工(Becker,1985)。他指出，由于只有女性能够生育，所以在家庭生产中，女性具有比较优势。这种优势会逐渐增加，因为成长中的女性会对能够增加她们家庭生产效率的人力资本进行投资(Becker,1973)，这使她们很可能走上传统的道路(Becker,1974)。另一方面，她们的丈夫将专门从事市场生产。他们会选择在婚前进行人力资本投资，使自己市场生产能力最大化。婚前的专业化也会使他们在婚姻市场中更具吸引力(Becker,1991;Duncan and Duncan,1978)。这种对人力资本投资的差异造成了两性在比较优势上的差异，即使他们没有生理差异(Hadfield,1999)。

贝克尔和其他学者(Parkman,1992)认为,在丈夫和妻子之间存在专业分工,但在女性之间不存在分工。他们一致认为,雇佣其他人洗衣、打扫房间是没有效率的。文学作品(Brinig,1994;Brinig and Carbone,1988)对这一观点进行了批判,因为没有道理在对劳动力市场中的专业分工进行吹捧的同时,将家庭中的工作作为例外。

在相关的著述中,一些分工模式的批评者主张一种更现代的婚姻观念,即将婚姻视为合伙(Smith,1990)。这一方式的假设前提是,婚姻中存在个人主义,夫妻平等,夫妻收入能力大致持平以及对生活圈灵活性的需要。那些鼓吹更平等的婚姻的人假定,如果已婚妇女进入劳动力市场,她们的丈夫会承担合理的家务劳动。

第二次世界大战以来,女性的劳动力市场参与情况有了显著的变化,而男性的变化则不明显。在 1970 年之前,女性的典型情况是在婚后或生育后不久就离开劳动力市场,以后,她们一直保持
172 着较低的雇佣率。但在最近几十年出现了生命中劳动年限增加的趋势,而且已婚妇女生育之后,劳动力市场参与率不再有明显的下降(Spain and Bianchi,1996)。

尽管已婚妇女的劳动力市场活动稳定增加,但她们仍然承担着家务劳动的大部分。表 10.1 中的数据总结了 20 世纪 60 年代以来,男女花费在家务劳动中的时间。正如数据所显示的,男女在家务劳动中所承担的相对义务几乎没有变化。当然,尽管总体的变化明显很小,仍旧可以看出女性从事家务劳动稍微减少,男性则稍微增加。

表 10.1　用于家务劳动的时间　　单位:%

	20 世纪 60 年代	20 世纪 70 年代	1978 年	1988 年
女性			26.7	21.3
未婚			17.2	13.4
已婚			29.1	23.6
未受雇佣	38.0—43.0	23.0—34.0	37.1	33.0
已受雇佣	20.0—26.5	11.5—20.0	24.3	20.8
男性			6.1	7.4
未婚			8.2	7.0
已婚			5.8	7.5
未受雇佣	5.0—8.0	3.0—9.0	5.0	6.4
已受雇佣	5.5—8.0	3.0—9.5	6.4	7.8

资料来源:表格来自布劳(1998);数据来自于密歇根大学,社会研究学院,收入动态课题研究组。

社会学家古德斯切德和韦特总结了他们的《新家庭》和《没有家庭》,并表明贝克尔的"旧"家庭模式不可能持续太久。

> 为什么我们不能回归到旧的男女两性工作时间和家庭角色的平衡中,尽管各方在工作时间上是"平等"的,并且对子女来说,母亲给予其无微不至的照顾,父亲可以很好地供养他……"旧家庭"给女性带来的问题是人口统计学上的问题。随着生命的延长和生育能力的降低,家务劳动已经不再是女性这一整体的终身职业。因此,女性或者必须将其成年以后的时间进行划分,用一半时间将两个或更多的孩子抚养成年,一半时间花在其他职业上;或者必须将女性划分为母亲和工人或者是"真"工人和"妈妈之路"工人。(Goldscheider and Waite,1991,202—203)　173

那么,"新"的更平等主义的和共享的家庭模式又怎么样呢?

尽管古德斯切德和韦特相信这将是人类婚姻的未来，但他们对此并不是信心十足。

> 我们已经表明这种家庭模式有解决当今家庭所面临的关键问题的潜力。但是我们对它们真正知道的又有多少？这种前卫的家庭模式对婚姻和家庭以及生活在其中的男人、女人和孩子会有什么影响？更平等主义的、共享的家庭模式有可能实现吗？这一切都还是个未知数。（Goldscheider and Waite，1991，pp.204—205）

当今的研究试图探索这些未知的领域。本文中，我们将说明丈夫投身于女性的工作和妻子投身于男性的工作如何影响了婚姻破裂的可能性。我们也将探讨对公平劳动分工的态度对婚姻稳定有何影响。

一、数据和方法

数据

美国于 1987 年到 1988 年进行了首次全国家庭和家户调查（NSFH），在全国范围内收到了 13，007 份对亲自采访的回答。样本包括 9673 个有代表性的家庭外加一个对黑人、波多黎各人、墨西哥人、美国人、单亲家庭、有继子女的家庭、同居情侣以及最近结婚的人的取样。每个家庭中随机抽取一个成年人作为主要回答问题者。主要采访的有些部分是自填式，以方便对某些敏感信息的采集，并缓解采访进程。平均的采访时间是 1 小时 40 分钟。此外，还发给主要回答问题者的配偶或同居伴侣一份简短的自填式问卷。要求主要回答问题者和他（她）的配偶回答的问题分别是相

同的。

在 1992 年到 1994 年，即在最初的调查五年之后，美国进行了第二次全国家庭和家户调查(NSFH)。第二次调查所采访的对象包括通过第一次面对面采访采集的原始样本中仍健在的全部人员(数量度为 10,007)以及主要回答问题者现在的配偶或同居伴侣(数量度为 5624)，此次采访中，对它们的采访与对主要回答问题者的采访是完全一致的。第二次调查还包括一份详细的婚史序列，以测定第一次调查以来婚姻状况的变化。

第一次调查严格要求样本必须是第一次结婚的夫妇，夫妻任何一方都不得有婚史。这种限制避免了与再婚，有继父/继母的家庭以及前配偶有关的问题。 174

婚姻破裂

我们主要关心的问题是在这五年中婚姻破裂的情况。我们测定了在第一次采访之后，配偶是否离婚或分居。如果他们离婚或分居，我们记录下此事发生的月份。在符合标准即第一次被采访的 4273 对夫妇之中，有 3592 对夫妇后来的婚姻状况的信息明确，可以使用。其中，有 275 对(6.3%)夫妇离婚，另有 105 对(2.9%)夫妇在研究期间分居(一方永久搬出住所)。我们将离婚或分居视为婚姻破裂，方程式是将两者加起来。我们还单独调查了离婚情况，结果基本与分居的结果相同。

在考虑家庭劳动的角色之前，我们参照一些众所周知的离婚和分居的决定因素(Bumpass and Sweet, 1995)。明确地说，我们把下列因素作为方程式的参照标准：

1. 丈夫新婚时的年龄
2. 妻子新婚时的年龄
3. 配偶婚前同居(与对方)

4. 夫妻所生子女的数量度
5. 去年丈夫的工资/薪水收入
6. 去年妻子的工资/薪水收入
7. 种族(丈夫的种族以及妻子的种族是否与丈夫相同)
8. 丈夫在学校的年数
9. 妻子在学校的年数
10. 丈夫的父母离婚
11. 妻子的父母离婚

在这些预测量的基础上,我们加入了有关付薪工作的两个量度(丈夫上星期从事付薪工作的时间,妻子上星期从事付薪工作的时间)和有关家务劳动的四个量度。第三步,我们加入了与公平感有关的四个量度。在最后的方程式中,我们考查了公平感与有关家务劳动及付薪劳动的量度之间的相互作用。

家务劳动

关于家务劳动的量度对传统上由男性从事的家务和传统上由女性从事的家务进行区分。我们依赖于早期的研究(比如,Berk,1995)做出这样的区分,其实,关于家务劳动的性别特征本来就没有什么争议。为了核实我们的分配方案,我们通过对夫妻的 T 测试对比了男性和女性对各自家务劳动的责任。所有结果在统计时
175 都很重要,许多还显示出很大的差异。

表 10.2　丈夫和妻子花费在家务劳动上的平均时间

家务劳动	丈夫	妻子	N	Sig.t
1. 准备膳食	2.05	9.75	4377	0.001
2. 洗餐具	1.76	6.07	4377	0.001
3. 打扫房子	1.59	8.13	4379	0.001
4. 室外劳动	4.96	1.81	4380	0.001
5. 购物	1.39	2.81	4380	0.001
6. 洗衣服、熨烫衣服	0.57	4.29	4379	0.001
7. 付账单	1.36	1.60	4378	0.001
8. 汽车保养	1.84	0.18	4379	0.001
9. 督促其他人	1.15	1.39	4372	0.001
男性的劳动(4+8)	6.80	1.99	4375	0.001
女性的劳动(1+2+3+5+6+7+9)	9.87	33.98	4381	0.001

注:当 $p<0.001$ 时,配对样本检测(2—尾数)极为重要。

配偶各方被要求完成印有下列问题的问卷:

问卷上的问题是关于家务劳动以及在你的家中,谁通常花时间做这些家务。写下你本人,你的配偶/伴侣或其他家庭成员每星期通常花在下列家务劳动上的大约时间:

1)准备膳食

2)洗餐具和饭后清理

3)打扫房子

4)室外劳动和其他家庭保养工作

5)购买杂货或其他家庭用品

6)洗衣服、熨烫衣服、缝补衣服

7)付账单和保留经济记录

8)汽车保养和维修

9)督促其他家庭成员工作、学习或其他行为

对多数家务来说,配偶哪方承担此项家务的大多数一目了然。但有两项工作差异很小:督促(#9)和支付账单(#7)。丈夫所做的比妻子稍少(见表 10.2),我们将它们视为女性家务。如果丈夫和妻子花在这两项家务上的时间大致相等,那么,将他们一起考虑或者不分析一方,他的情况对结果没有影响。

我们设定两个概略的关于家务劳动的量度。第一个,*男性家务*,即花费在室外劳动或其他家庭保养工作(#4)以及汽车维修与保养(#8)上的总时间。第二个,*女性家务*,花费在其他家务上的
176 总时间。男女花在每一项家务劳动上的时间量相差很大(即使在督促和付账单两项家务上区别幅度并不大),尽管没有哪一项家务是由一方单独负责的。我们计算了丈夫和妻子分别花在"男性"家务和"女性"家务上的时间。这四个变量是在下面的方程式中主要需要考虑的问题。

表 10.2 显示了夫妻花在每一项家务劳动上的平均时间。夫妻在家务劳动的时间分配上有明显的差异。但是,这种差异会被花费在其他义务上的时间平衡,尤其是花费在付薪工作上的时间。正如其他学者所阐述的(Shelton, 1992; Berk, 1995; Hochschild and Machung 1989),夫妻花费在付薪工作和不付薪工作上的总时间大体持平,因为在不付薪工作上的差异与在带薪工作上的差异互相抵偿。研究报告显示,丈夫平均每周花费在付薪工作上的时间为 34.3 小时,而妻子是 18.5 小时。如果将花费在付薪工作和不付薪工作上的时间总计,那么,丈夫的总时间是每星期 51.2 小时,妻子是每星期 54.8 小时。

公平

工作和职责的划分是许多夫妻关系紧张的根源。也很有可能分配方案看起来公平度如何决定着花在这些工作上的时间。我们采用四个量(丈夫和妻子各两个)来获取配偶各方对事情公平度的

评估。配偶各方被问道:

在你的婚姻关系中,在下列事项中,你认为公平度如何?
1）家务琐事
2）付薪工作

答案是:1＝对我很不公平,2＝对我有些不公平,3＝对双方都公平,4＝对他/她有些不公平,5＝对他/她很不公平。对这些变量,我们采取原始的五分制。我们还运用了许多可供选择的参数,包括对各自价值的虚拟变量。尽管一些系数的幅度有所变化,但是在不同的参数下,结果的模式是不变的。结果恰好是中间一类(3＝对双方都公平),这表明回答问题者在考虑到事情对配偶的不公平度增加的情况下回答问题。

其他人(Smith、Gager and Morgan,1998)已经说明,从这一问题中实际上可以获取两个量纲:相对公平度的量纲,婚姻质量。研究发现,那些婚姻幸福的夫妻不像处于不幸福的婚姻中的夫妻那样,他们很少回答这一问题。但是,像许多研究者只考虑家务劳动 177
中的公平度一样,史密斯等人没有对其他领域(例如,付薪工作)中的公平度进行评估。正如我们所说,考查两种公平类型是基本的,必要的,没有这样做的研究产生的结果与进行这种研究产生的结果大相径庭。此外,据我们所知,在研究模型中包括对配偶双方两种类型公平度的评估,迄今为止,我们是第一个。

二、分析方法

我们采用 Cox 比例风险回归分析法来测定与方程式中各个变量有关的离婚风险。在这一风险模型中,每个月婚姻都有破裂的危险,直至婚姻真的破裂。这一风险可能受模型中其他变量的

影响。Cox 比例风险回归分析的程序首先是确定一个与婚姻月份相关的基线风险(每个婚姻都有一个逐月变化的可测算的风险)。然后评估每个变量如何改变基线风险。我们主要的问题是家务劳动的分配如何影响婚姻破裂的风险。

更明确地说,Cox 比例风险回归分析用如下公式评估自变量(X)对婚姻破裂风险(h)的影响:

$$h(t) = [h_0(t)]e^{(BX)}$$

在这一公式中,当自变量 X 为 0 时,$h_0(t)$的值为基线风险(与 OLS 方程式中的截取类似或者是说当 X 为 0 时,婚姻破裂的期待风险)。B 是回归系数——自变量呈单位增加时,风险函数的预期变化。

我们在结果中列出了 Cox 回归系数和它的幂值(e^B)。后一个系数在表中用风险(RISK)表示,它对解释每个变量的影响幅度是有帮助的。对于有两个取值的二分变量,例如夫妻结婚前是否(与对方)同居,风险(RISK)是指与同居相关的婚姻破裂风险的增加(或减少)。例如,如果这一系数为 2.0,它用来表明同居的配偶婚姻破裂的(逐月的基线)风险。如果这一系数为 0.5,它表明婚前(与对方)同居的配偶的婚姻破裂风险只是婚前未同居配偶的一半。对于连续变量,例如花费在付薪工作上的时间,风险(RISK)是指每增加一小时的工作时间,风险变化的百分比。例如,如果是 1.02,这说明每增加一小时的工作时间,婚姻破裂的(基线)风险增加 2%。如果是 0.97,它意味着每增加一小时工作时间,婚姻破裂的(基线)风险降低 3%。

表 10.3 显示了 Cox 回归方程中所有变量的总览统计。表 10.4 显示的是 Cox 回归分析的结果。方程式的得出分为四步。第一步,引入婚姻破裂的预测量。第二步,引入衡量丈夫和妻子花费在男性家务和女性家务上的时间以及他们花费在付薪工作上的时间的量度。在第三个模型中,我们引入了对家务劳动和付薪工作分工的公平度的评估,以测定夫妻是否独立地分配花在这些工

作上的时间。在最后一个模型中,我们考查了公平感的量度与有关家务劳动和付薪工作时间的量度之间的相互作用。我们引入这些量的目的是考查公平感是否决定着家务劳动和付薪工作分配的结果。

表 10.3　所有变量的总览统计

样本特征	平均数 / 百分比	标准差
婚龄	18.99	15.74
分居 / 离婚的百分比	10.58%	
丈夫结婚时的年龄	24.47	5.41
妻子结婚时的年龄	22.26	4.87
婚前同居的夫妻的百分比	18.34%	
夫妻生育子女的数量	2.12	1.79
丈夫的工资 / 薪水收入 I ('000)	20.76	26.81
妻子的工资 / 薪水收入 I ('000)	8.59	27.69
丈夫是白种人	78.97%	
丈夫是黑种人	10.45%	
丈夫是西班牙人	7.24%	
丈夫是亚洲人	1.13%	
丈夫是美国印第安人	0.36%	
配偶属于不同的种族	13.61%	
丈夫在校年数	12.84	3.43
妻子在校年数	12.74	2.91
丈夫的父母离婚	9.26%	
妻子的父母离婚	9.15%	
丈夫上周用于付薪工作的时间	34.30	21.82
妻子上周用于付薪工作的时间	18.52	19.80
丈夫上周用于"男性"家务的时间	6.80	8.75
丈夫上周用于"女性"家务的时间	9.87	13.71
妻子上周用于"男性"家务的时间	1.99	4.17
妻子上周用于"女性"家务的时间	33.98	23.73
丈夫的公平感:家务劳动	3.21	0.56

续表

样本特征	平均数/百分比	标准差
妻子的公平感:家务劳动	2.71	0.64
丈夫的公平感:付薪工作	3.01	0.48
妻子的公平感:付薪工作	2.99	0.50

注:夫妻数量 N=2892。

第四个模型中引入的相互作用的量是用如下方法得到:将四个公平度问题(丈夫和妻子各自对家务劳动和付薪工作的评估)的每一个与三种类型工作(付薪工作、男性家务、女性家务)中每一个
179 的工作时间相乘,得到 12 个量。这种方法产生了相似的和不相似的工作—公平度相互作用评估类型。换言之,第一种类型是用男性用于*付薪工作*的时间乘以男性对*付薪工作*公平度的评估。第二种类型是用男性对付薪工作公平度的评估乘以男性用于*家务劳动*的时间。通过考查相互作用的两种可能类型,我们可以测定是否一种工作对另一种工作产生外部性。例如,作用的两种类型可能都与较高或较低的离婚率有关。如果真是这样,这可能表明付薪工作时间的作用取决于男性对付薪和对不付薪这*两种*工作的公平感。另一方面,如果我们发现只有第二种相互作用类型对离婚率有影响,这意味着男性用于付薪工作的时间对家务劳动分配产生外部性,当男性认为家务劳动的分配不公平时,他们花在付薪工作更多。

三、研究结果

第一个模型证实了众所周知的结果。例如,婚前同居的夫妻的婚姻破裂率大大高于那些婚前没有同居的夫妻的婚姻破裂率。正如表 10.4 中所显示的,婚前同居的夫妻的婚姻破裂相对风险

(RISK)高出 5.88 倍。这个值是通过对回归系数求幂得到的,B=1.7717,则 $e^{1.7717}=5.88$。同时,我们发现,其他因素也影响着婚姻的破裂,这些因素包括孩子的出生(减少 RISK),是黑人(增加 RISK),新婚时比较年轻(由于配偶新婚时年龄的高度相关性,显然这只是对妻子来说),以及经历过父母的离婚。

模型 2 引入了时间分配的 6 个量度。丈夫用于付薪工作时间增加了婚姻破裂的风险,每星期增加一小时,风险增加 1.5%。而妻子参加付薪工作则没有产生相应影响。

我们主要的兴趣在于丈夫和妻子从事的家务劳动的影响。第一个这样的变量表示丈夫花费在传统的男性家务劳动上的时间的影响。每工作一小时婚姻破裂的风险降低 2.4%。另一方面,如果丈夫从事传统的女性家务劳动,花在这上面的时间每增加一小时,婚姻破裂风险大约增加 1.3%。简而言之,如果丈夫从事那些通常由男性负责的家务劳动,婚姻以离婚或分居而告终的可能性就会降低;反之,如果丈夫反传统地从事更女性化的家务劳动,婚姻破裂的风险就会增加。 180

不管配偶哪方从事女性家务,看起来都会增加婚姻破裂的几率。妻子对传统女性家务的投资导致了较高的婚姻破裂风险。丈夫也同样,尽管影响的幅度较小(大约每小时 0.7%)。而妻子从事男性家务的时间每增加一小时,会使婚姻破裂风险减少 4%。总之,当妻子从事那些传统上由男性承担的家务时,他们的婚姻破裂的可能性相对较低。但是,如果妻子增加从事典型的女性家务劳动的时间,其婚姻破裂的几率会相对更高。

在分析结果之前,有必要考查一下工作分工的公平感。在模型 3 中,4 个公平量度中,有两个量度的系数在统计上十分重要,即妻子对家务劳动的公平感,丈夫对付薪劳动的公平感。这两个都是负值,意味着当妻子认为家务劳动的分工,丈夫认为付薪劳动的分工对*对方*不公平时,婚姻破裂几率较低(反之,当他们认为分工对自己不公平时,离婚几率较大)。这些结果表明,在家务劳动

和付薪劳动的时间如何影响婚姻稳定这一问题上,公平感起着重要的作用。在最后一个模型中,我们将直接阐述这一问题。

最后一个方程式(模型 4)引入了 12 个相互作用量,以考查公平感如何调整上述的家务劳动的各种效应。有 5 个量在统计上尤为重要,它们表明夫妻对劳动分工的公平感使家务劳动和付薪劳动有着不同的含义。在五个重要的相互作用效应中,有 4 个包括妻子对公平度的评估。因为相互作用量太多,并且有一些使用了相同的变量,所以,如果不用图表很难总结得出的结论。

181

表 10.4 预测婚姻破裂的回归分析

变量 参考变量	模型 1 回归系数	模型 1 风险	模型 2 回归系数	模型 2 风险	模型 3 回归系数	模型 3 风险	模型 4 回归系数	模型 4 风险
同居	1.7717	5.8808**	1.6776	5.3528**	1.6677	5.2998**	1.6651	5.2863**
子女数量	-0.6076	0.5447**	-0.6187	0.5387**	-0.6291	0.5331**	-0.6475	0.5234**
丈夫的薪水	-0.0019	0.9981	-0.0047	0.9953	-0.0046	0.9954	-0.0050	0.9951
妻子的薪水	-0.0101	0.9899	-0.0130	0.9870	-0.0108	0.9893	-0.0103	0.9898
丈夫是黑种人	0.4167	1.5169*	0.3728	1.4519*	0.3759	1.4562*	0.4213	1.5239*
丈夫是西班牙人	0.3080	1.3607	0.2441	1.2765	0.2716	1.3120	0.3054	1.3572
丈夫是亚洲人	0.3517	1.4215	0.2471	1.2804	0.2455	1.2783	0.2506	1.2848
丈夫是美印第安人	0.5910	1.8058	0.4515	1.5707	0.3698	1.4475	0.3338	1.3962
配偶属于不同的种族	0.0184	1.0186	0.0492	1.0505	0.0402	1.0410	0.0396	1.0404
丈夫受教育状况	0.0017	1.0017	-0.0141	0.9860	-0.0164	0.9837	-0.0219	0.9783
妻子受教育状况	0.0017	1.0017	-0.0083	0.9918	-0.0154	0.9847	-0.0142	0.9859
丈夫结婚时的年龄	0.0002	1.0002	0.0041	1.0041	0.0039	1.0039	0.0055	1.0055
妻子结婚时的年龄	-0.0757	0.9271**	-0.0689	0.9334**	-0.0700	0.9324**	-0.0745	0.9282**
丈夫的父母离婚	0.6762	1.9665**	0.6231	1.8648**	0.5941	1.8115**	0.5326	1.7033**
妻子的父母离婚	0.6771	1.9681**	0.6203	1.8594**	0.6096	1.8396**	0.6080	1.8368**

续表

变量 参考变量	模型1 回归系数	风险	模型2 回归系数	风险	模型3 回归系数	风险	模型4 回归系数	风险
劳动分工								
丈夫用于付薪工作的时间	0.0154		1.0155 **		0.0154	1.0155 **	0.0090	1.0091
妻子用于付薪工作的时间	0.0019		1.0020		0.0015	1.0015	0.0360	1.0367 *
丈夫用于男性家务的时间	−0.0244		0.9759 **		−0.0253	0.9750 **	−0.0926	0.9115
丈夫用于女性家务的时间	0.0133		1.0134 **		0.0150	1.0151 **	0.1142	1.1210 *
妻子用于男性家务的时间	−0.0417		0.9592		−0.0386	0.9621 *	−0.2882	0.7496 *
妻子用于女性家务的时间	0.0065		1.0065 *		0.0066	1.0066 *	0.0497	1.0509 **
公平感								
丈夫的公平感:家务劳动					−0.1558	0.8557	0.1775	1.1942
妻子的公平感:家务劳动					−0.2478	0.7805 **	−0.4391	0.6446 *
丈夫的公平感:付薪工作					−0.3753	0.6871 **	−0.6066	0.5452 *
妻子的公平感:付薪工作					−0.0176	0.9825	0.7369	2.0895 **
公平感——工作时间相互作用								
丈夫对付薪工作的公平感×用于男性家务时间							0.0201	1.0203
丈夫对付薪工作的公平感×用于女性家务时间							−0.0218	0.9784
丈夫对家务劳动的公平感×用于付薪工作时间							−0.0054	0.9946
妻子对付薪工作的公平感×用于男性家务时间							0.0884	1.0925 *
妻子对付薪工作的公平感×用于女性家务时间							−0.0141	0.9860 **
妻子对家务劳动的公平感×用于付薪工作时间							0.0092	1.0093 *
丈夫对家务劳动的公平感×用于男性家务时间							0.0029	1.0029
丈夫对家务劳动的公平感×用于女性家务时间							−0.0017	0.9883 *
妻子对家务劳动的公平感×用于男性家务时间							−0.0079	0.9922
妻子对家务劳动的公平感×用于女性家务时间							−0.0002	0.9997
丈夫对付薪工作的公平感×用于付薪工作时间							0.0083	1.0084
妻子对付薪工作的公平感×用于付薪工作时间							−0.0199	0.9803 **
夫妻数量(N)	2858							
−2LL	778.310							
变化(−2LL)	443.776 *		44.070 **		20.076 **		24.066 **	

注:* p<.05　** p<.01 对于回归系数或者对于前一模型的—2LL 变化。

相互作用效应表明,即使夫妻对付薪工作和家务劳动的投资相同,但由于他们的公平感(即对公平度的评估)不同,相同的投资对婚姻稳定会产生不同的结果。为总结这些结论,我们在表 10.5 中展示了相关变量的组合效应。该表中的数字表示,在四个公平度问题中每一种组合下,婚姻破裂基线风险的变化情况。为了计算表中的风险(RISK)值,我们取从事各种类型的付薪和不付薪劳动的时间处于中间值的情况(并且除了关于公平度和相互作用的变量以外,其他变量也取中间值)。然后,我们采用有关公平度的变量以及相互作用量,来表明由此带来的婚姻破裂基线风险的变化情况。例如,表 10.5 中的第一个数字是 4.43。这个值表示当花费在付薪工作和家务劳动(以及表 10.4 中的模型 2 中的所有其他变量)上的时间取中间值时,如果夫妻认为两种类型的劳动的分工对自己都很不公平时,婚姻破裂的基线风险会增加 4.43 倍。

183 4.43 这个值是通过取模型当中所有变量的平均值,计算婚姻破裂基线风险得来的。然后改变 4 个公平度变量以及 12 个相互作用量的值,将其结果加入基线风险中。在这一例子中,所有关于公平度问题的值是 1.0(对我很不公平)。其他所有数据是通过分别取公平度问题的值和相关的相互作用量计算得出的。

表 10.5 突出了我们研究工作中一个简单但很关键的结果:当评估夫妻对男性工作,女性工作或付薪工作的时间投资对婚姻的影响时,必须结合夫妻对此的公平感加以考查。表 10.5 中的结果可以通过比较“最好”的情况和“最坏”的情况进行总结。在那些以某种方式观点发生分歧的夫妻之间会产生“最坏”的结果(即风险值最高为 16.22)。夫妻双方都认为付薪工作的分工对丈夫不公平。但在家务劳动分工问题上产生分歧。丈夫认为付薪工作和家务劳动对自己都不公平,妻子认为付薪工作对丈夫不公平,但她认为家务劳动对自己不公平。当丈夫认为付薪工作和家务劳动对妻子都不公平时,会出现

184 “最好”的结果(风险值最低为 0.16)。而妻子同意付薪工作对自己很不公平,但她认为家务劳动或者对双方都公平或者对丈夫很不公平。

可能当双方同意付薪工作和家务劳动对双方都很公平时，会出现最奇怪的结果。表格最中间的值为 1.59，这一数值表明这种组合与较高的离婚风险联系在一起。换言之，夫妻完全同意自己和对方都受到公平对待，可能并不是最佳的情况。

表 10.5　公平感的相互作用与工作时间对婚姻破裂风险的组合效应

	丈夫对付薪工作的公平感								
	对我很公平 丈夫对家务劳动的公平感			对双方公平 丈夫对家务劳动的公平感			对我很不公平 丈夫对家务劳动的公平感		
妻子对付薪工作的公平感	对我很公平	对双方公平	对我很不公平	对我很不公平	对双方公平	对她很不公平	对我很不公平	对双方公平	对她很不公平
对我很不公平									
妻子对家务劳动的公平感									
对我很不公平	4.43	3.10	2.17	2.06	1.44	1.01	0.96	0.67	0.47
对双方公平	2.55	1.79	1.25	1.19	0.83	0.58	0.55	0.22	0.16
对他很不公平	1.47	1.03	0.72	0.68	0.48	0.34	0.32	0.22	0.16
对双方很公平									
妻子对家务劳动的公平感									
对我很不公平	8.48	5.93	4.15	3.94	2.76	1.93	1.83	1.28	0.90
对双方公平	8.48	3.42	2.39	2.27	1.59	1.11	1.06	0.74	0.52
对他很不公平	2.82	1.97	1.38	1.31	0.92	0.64	0.61	0.82	0.30
对他很公平									
妻子对家务劳动的公平感									
对我很不公平	16.22	11.35	7.95	7.54	5.28	3.69	3.51	2.45	1.72
对双方公平	9.35	6.55	4.58	4.35	3.04	2.13	2.02	1.42	0.99
对他很不公平	5.39	3.77	2.64	2.51	1.75	1.23	1.17	0.82	0.59

为了得出各种公平感的相对重要性,我们可以比较表中的风险值。我们主要考查由对付薪工作公平感的评估所定义的单元。首先,这样的单元包括由丈夫和妻子均认为对自己很不公平这一答案所确定的9个数据。总的来说,表中的这9个数值从左到右依次变小(即随着丈夫认为付薪工作对妻子愈加不公平)。此外,表中的数值从上到下呈增加趋势(即随着妻子认为付薪工作对自己愈加不公平)。因此,如果丈夫和妻子都认为对方承担着不公平的付薪工作的重担时,他们的婚姻破裂风险比其他组合都低。而当考查对家务劳动的公平感问题时,则会出现另一种情形。在关于付薪工作的任何组合中(例如第一行的9个数据),双方同意工作安排对对方不公平时会产生最好的结果(即最低的婚姻破裂风险)。例如,当夫妻感到付薪工作对自己不公平时(第一格中的9个数据),婚姻破裂风险值是从4.43到0.72。正是夫妻各自认为家务劳动对自己不公平时,风险值最高;而当他们认为此项工作对对方不公平时,风险值最低。

我们将目标集中于对付薪工作的公平感如何影响婚姻破裂风险这一问题,为此,我们比较了任何两个可比格中的数据。结果显示,男性对付薪工作公平度的评估改变婚姻破裂风险的因数为2.15(例如,4.43/2.06)。而对女性来说,这一因数为1.91(8.48/4.43)。简而言之,男性对付薪工作的公平感对结果的影响比女性这一公平感的影响略大一些。

考查每一格中的数据,我们还可以评估对家务劳动公平感的相对重要性。经比较得出,男性对家务劳动的公平感改变婚姻破裂风险的因数为2.04(任一格中每一行从左到右的数据,例如4.43/2.17),而女性的这一因数为3.01(任一格中每一列从上到
185 下的数据,例如4.43/1.47)。由此可见,女性对家务劳动的公平感对结果的影响比男性对这一公平感的影响大得多,而且比任何一方对付薪工作的公平感的影响都大。

四、讨论

我们试着对古德斯切德和韦特(1991)的问题给出一个初步的答案:对家务劳动的公平主义分工对婚姻有什么影响?最简单的答案是,当夫妻中任何一方从事更多传统上的女性工作时,婚姻会处于紧张状态。同时,花费在传统男性工作上的时间会加强婚姻关系。但这一简单的结论忽视了家庭的社会心理的复杂性。至少,"效率"(专业分工)并不意味着"稳定"。从事更多的传统男性工作,例如房屋和汽车的保养,会增加婚姻的稳定性,而且不论是夫妻哪方从事这一工作,也不论是从事这一工作的工人是雇佣的还是非雇佣的。这与贝克尔的分析不一致。

为什么"男性"工作和"女性"工作的影响会有差异?传统的男性工作,当在室外从事时,它的报酬比传统的女性工作高,因而其(心理)价值更高。尤其对模型中的中产阶级的夫妻来说,1987 年至 1988 年,夫妻总计年收入大约为 40,000 美元,所以从事这样的男性工作并不会降低身份(实际上,反而有可能得到回报)。例如,根据劳工统计局(由美国劳工部 1988 年设立)的报告,木匠和地板工的周收入为 444 美元,管道和暖气工为 385 美元,汽车修理工为 332 美元。与此相反,夫妻任何一方(尤其是丈夫)从事低收入、低身份的"女性"工作显然会降低婚姻的价值。劳工统计局的数据显示,从事住家护理的周收入为 210 美元,从事各种个人服务的周收入是 146 美元,洗熨衣服周收入为 206 美元,面包零售周收入为 159 美元。1985 年,受雇从事修理和机械工作的男性平均周收入为 400 美元,相比之下,从事私人家庭服务的女性周收入只有 130 美元(美国人口普查部,1998 年,表 698)。

关于"男性"工作和"女性"工作对婚姻稳定性影响的差异还有其他相关解释。男性工作一般对夫妻的有形资产的价值有直接的

贡献。例如,在房屋上建附着物或安装节能窗户都会增加房屋转手时的价值(一旦夫妻离婚,这还会增加从事这一劳动或进行投资的一方可分得的财产份额)。对汽车的修理和保养会节省大量的修理费用,增加汽车的折价或转手时的价值。而另一方面,熨烫衣
186 服或保持房内一尘不染对资产价值的增加不那么直接和明显。

随着更高的可能工资,更先进的家庭技术的出现(Cohen,1995)以及生育更少的子女,20 世纪后期,美国妇女不再那么典型地从付薪的劳动力市场中退出(Bianchi and Spain,1996)。但霍克希尔德所说的"第二个转变"问题的答案并不是(至少现在不是)双方分担更多的典型的家务劳动。我们的研究结果表明,这一解决方案很可能会增加婚姻的不稳定性。例如,多数夫妻不可能为了不做家务劳动而雇用他人。而且美国社会也不可能突然重视女性工作,增加从事这些工作的人的工资。只要家务劳动的价值不高(Silbaugh,1996;Hadfield,1993),我们就可以预测从事更多这类工作很可能造成婚姻的不稳定。但是,公平感的重要作用会调整这一预测结果。正如我们的研究结果所显示的,公平感十分重要,可能超过配偶任何一方花在特定工作上的特定时间组合的作用。

当夫妻双方都认为付薪工作对妻子不公平,家务劳动对对方不公平时,婚姻破裂风险显著降低。当然,这种稳定能够作用是否可以克服任何工作分工,我们的研究结果还无法回答这一问题。但是,我们的研究结果表明,我们可能错误地过度重视实际的工作分工情况,而忽视了人们主观上如何理解这种分工。

尽管我们不能解释为什么特定的公平感组合与婚姻破裂风险的差异联系在一起,但我们试图解释为什么(相同的)公平感反而与婚姻的稳定相矛盾。为什么夫妻公平感相同的所有组合都不是最佳的安排?问题在于人们对婚姻和劳动的家庭分工的观念。作为夫妻,当彼此的爱情或对婚姻的承诺落入低谷时(Waldron,1988,p.628),我们常常会担心公平或权利的问题。当我们对婚姻进行投资,并期望直接的回报时,我们从中得到的很少。法律逐渐

倾向将婚姻契约化，使其更没有吸引力。因此，一些案例，甚至是最近的案例，一致否决对妻子以家务劳动换取工资的契约的强制执行(Silbaugh，1996)。正如加利福尼亚的一个案例所述：

> 否决表明更多的人改变了那种认为可以像对待任何生疏的讨价还价者一样对待夫妻的观点。不管现在婚姻是否已经变得如同商业，也不论它可能会变成其他什么，制定法仍然将婚姻定义为相互扶持的人身关系。因此，即使不能被金钱所支配的东西所剩无几，婚姻扶持也将是其中一个。[2]　187

心理学著作指出，将婚姻视为交换的夫妻对婚姻的满意度比其他夫妻低(Hansen，1991)。社会学研究也表明，当夫妻彼此依赖时婚姻更为稳定(Nock，1995)。当丈夫和妻子能够超越眼前的公平感，以对方、子女和婚姻为行为的出发点时，他们采取了米尔顿·里甘所说的内部姿态(Regan，1999，p.24)，这会带来有意义的人际关系，有助于爱情的升温(Rempel、Holmes and Zanna，1985，p.110)。这就是表 10.5 右上角的格中所显示的较低价值的情况。但是为什么当丈夫和妻子都认为妻子所受待遇不公平时，婚姻会从中受益；而当他们都认为丈夫所受待遇不公平时(表 10.5 左下角的格中的数据)，婚姻反而不稳定，其中的原因还不得而知。也许，从最基本的认识来说，妻子在婚姻中所受的待遇更不公平。也可能是因为现代美国婚姻对男女两性安排在非对称的关系中，而这种关系以某种形式保留着其固有的不公平。如果是这样，我们的研究结果就很容易理解。即对这种固有的不公平感的赞同明显对婚姻的稳定性有利。似乎男性和女性会从承认这一问题中得到收益(婚姻稳定)。而对不公平负担的不认同可能导致女性起诉离婚，而事实上，主要也正是这些女性这样做的原因(Brinig and

---

〔2〕 Borelli v. Brusseau, 16 Cal. Rptr. 2d 16, 20(Cal. Ct. App. 1993).

Allen,2000)。

我们可以拥有公平的婚姻吗？是否可能设想一种对双方公平又不会破坏婚姻稳定性的家务劳动和付薪工作的分配模式？我们的研究结果表明,如果稳定的婚姻是我们期待的结果,那么,夫妻相同的公平感和交换类型的婚姻关系不是最佳的选择。*这就是说,稳定的婚姻可能不会同时又是公平的婚姻*。此外,即使夫妻分担更多的家务劳动会带来婚姻的稳定,但是这种分担不会产生期
188 待的结果,除非夫妻都认为妻子承担着不公平的重担。

参考文献

Allen, Douglas (1992), "What Does She See in Him? The Effect of Sharing on the Choice of Spouse", *Economic Inquiry*, 3(1),57—67.

Becker, Gary S. (1973), "A Theory of Marriage, Part I", *Journal of Political Economy*, 81(4),813—846.

(1974), "A Theory of Marriage: Part II", *Journal of Political Economy*, 82(2), S 11—26.

(1975), *Human Capital*: *A Theoretical and Empirical Analysis*, *with Specific Reference to Education*, 2nd edn., New York: National Bureau of Economic Research, Columbia University Press.

(1985), "Human Capital, Effort, and the Sexual Division of Labor", *Journal of Labor Economics*, 3,S33—58.

(1991), *A Treatise on the Family*, Cambridge, MA: Harvard University Press. Becket, Gary, Elisabeth M. Landes, and Robert T. Michael (1977), "An Economic Analysis of Marital Instability", *Journal of Political Economy*, 85(6), 1141—1187.

Berk, Sarah Fenstermaker (1995), *The Gender Factory*: *The Apportionment of Work in American Households*, New York: Plenum Press.

Bianchi, Suzanne M. and Daphne Spain (1996), "Women, Work, and Family in America", *Population Bulletin*, 51(3),2—48.

Blau, Francine W. (1998), "Trends in the Well-Being of American Wom-

en, 1970—95", *Journal of Economic Literature*, 36,112—65.

Brinig, Margaret F. (1994), "Comment on Jana Singer's Alimony and Efficiency", *Georgetown Law Journal*, 82,2461—2479.

Bfinig, Margaret F. and Douglas W. Allen (2000), "These Boots Are Made for Walking: Why Most Divorce Filers are Women", *American Law and Economics Review*, 2, 126—169.

Brinig, Margaret F. and June Carbone (1988), "The Reliance Interest in Marriage and Divorce", *Tulane Law Review*, 62,853—905.

Bumpass, Larry L. and James A. Sweet (1995), "Cohabitation, Marriage and Union Stability: Preliminary Findings from NSFH2", NSFH Working Paper No. 65, Madison, Center for Demography and Ecology.

Bumpass, Larry, Teresa Castro, and James A. Sweet (1990), "Recent Trends in Marital Disruption", *Demography*, 26(1),37—52.

Cohen, Lloyd (1995), "Rhetoric, the Unnatural Family, and Women's Work", *Virginia Law Review*, 81,2275—2305.

Duncan, Beverly and Otis D. Duncan (1978), *Sex Typing and Social Roles: A Research Report*, New York: Academic Press.

Goldscheider, Frances K. and Linda J. Waite (1991), *New Families, No Families? The Transformation of the American Home*, Berkeley: University of California Press.

Gronau, Reuben (1980), "Home Production-A Forgotten Industry", *Review of Economics and Statistics*, 62(3),408—416.

Grossbard-Schechtman, Shoshana (1993), *On the Economics of Marriage: A Theory of Marriage, Labor, and Divorce*, Boulder, CO: Westview Press.

Hadfield, Gillian K. (1993), "Households at Work: beyond Labor Market Policies to Remedy the Gender Gap", *Georgetown Law Journal*, 82,89—107.

(1999) "A Coordination Model of Sexual Division of Labor", *Journal of Economic Behavior and Organization*, 40,125—53.

Hansen, Gary L. (1991), "Moral Reasoning and the Marital Exchange Relationship", *Journal of Social Psychology*, 131,71—81.

Hochschild, Arlie and Anne Machung (1989), *The Second Shift*, New York: :Viking Penguin.

Lennon, Mary Clare and Sarah Rosenfield (1994), "Relative Fairness and the Divisionof Housework: The Importance of Options", *American Journal of Sociology*, 100, 506—531.

Nock, Steven L. (1995), "Commitment and Dependency in Marriage", *Journal of Marriage and the Family*, 57,503—514.

Parkman, Allen W. (1992), *No -Fault Divorce: What Went Wrong?* Boulder, CO: Westview Press.

(1998), "Why Are Married Women Working So Hard?" *International Review of Law and Economics*, 18,41—49.

Regan, Milton C. (1999), *Alone Together: Love and the Meaning of Marriage*, Oxford:Oxford University Press.

Rempel, John K., John G. Holmes, and Mark P. Zanna (1995), "Trust in Close Relationships", *Journal of Personality and Social Psychology*, 49,95—120.

Shelton, Beth Ann (1992), *Men, Women, and Time: Gender Differences in Paid Work, Housework and Leisure*, New York: Greenwood Press.

Silbaugh, Katharine (1996), "Turning Labor into Love: Housework and the Law", *Northwestern University Law Review*, 91,1—86.

Smith, Bea (1990), "The Partnership Theory of Marriage: A Borrowed Solution Fails", *Texas Law Review* 68,689—743.

Smith, Herbert L., Constance T. Gager, and S. Philip Morgan (1998), "Identifying Underlying Dimensions in Spouses' Evaluations of Fairness in the Division of Household Labor", *Social Science Research*, 27,305—327.

Spain, Daphne G. and Suzanne M. Bianchi (1996), *Balancing Act: Motherhood, Marriage, and Employment Among American Women*, New York: Russell Sage Foundation.

Thomson, Linda (1991), "Family Work: Women's Sense of Fairness", *Journal of Family Issues*, 12,181—196.

Tocqueville, Alexis de (1835), *Democracy in America*. New York: Vintage Books, ed. 1954.

United States Department of Labor (1988), *Bureau of Labor Statistics, National Employment, Hours and Earnings*, Series ID: EEUS0729004, etc.

United States Department of the Census (1998), *Statistical Abstract of the United States*, Rockville, MD.

Waldron, Jeremy (1988), "When Justice Replaces Affection: The Need for Rights", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 11,625—647.

第十一章　法律改革对婚姻和离婚的影响

道格拉斯·W·艾伦

一、简介

如今，许多国家重新审视其现存的婚姻立法和离婚立法情况，因而，立法对婚姻行为与离婚行为的实际影响也引起人们的兴趣。对那些想得到简单明确答案的人来说，仅仅阅读经济学著述是远远不够的。一些人认为，法律只能反映特定时期的社会准则，而无力改变人们的行为。另一些人则认为，法律所制定的限制性和强制性条款为婚姻关系中夫妻交易行为规定了一个框架，因而，其必然影响人们的行为。似乎经验主义的分析可以平息这一争论，但事实是，尽管问题本身相当直接明了，但其结论却很难统一。更进一步说，婚姻法会渗透到家庭生活的各个方面，影响到各种选择——从选择同居到结婚，再到规划职业生涯——几乎所有的理论研究都关注以无过错制度为基础的离婚法对离婚率的影响，但却很少涉足其对女性劳动力市场参与情况的影响。

提到婚姻法，人们都知道，以无过错制度为基础的离婚法改革在20世纪70年代早期席卷了西方世界。婚姻法的另一个重要方面就是夫妻共同财产的分割，实际上，长期以来，人们的习惯做法与普通法的规定相差无几。因而，除了离婚的法定理由之外，财产分割原则也受到人们的关注。因此，本文试图从以下三个方面为讨论离婚法的经济影响提供更广泛的视角，以引起更广泛的关注，

即离婚率,劳动力参与情况和个体结婚年龄的决定。文章的大部分是学术性的调查,但在结婚年龄的问题上,本文提供了一些新的论据。

离婚法的影响确实明显存在,而且相当直接,但这种影响并不是全方位的。基于无过错原则的离婚法的确导致离婚率的增加, 191
但据权威统计,在过去 30 年中,由其导致的增加的离婚数量只占增加的离婚总量的 17%。它也使人们推迟结婚,但仅仅是 6 到 9 个月。同时,它使已婚女性的劳动力市场参与率提高了 2%。离婚法在一定程度上塑造了文化;反之,文化也影响了离婚法,但经济学模型却忽视了这一点。

二、关于过错制度与无过错制度的简单经济学

建立在过错原则基础上的离婚法的本质在于,夫妻中一方违反婚姻契约,为一定足以造成离婚的不当行为。20 世纪初,在普通法中,过错主要包括通奸、遗弃和虐待配偶。当然,有的国家立法规定得少些,有的则多些。但关于过错形式的立法,总体上采取列举主义。[1] 例如,加拿大 1968 年离婚法列举了 15 种可导致离婚的过错行为。在这之前,在加拿大,由省级政府规定过错形式。有 8 个省将通奸作为离婚的惟一法定理由。而魁北克和纽芬兰要求由上议院决定可导致婚姻解体的行为。[2] 而美国离婚制度中的“精神错乱”是过错制度的一个转折点,因为这是立法者首次认可婚姻可以因不可归责于任何一方的原因而终结。

---

〔1〕 过错的形式各种各样。在黎巴嫩,若一方属于希腊东正教,则是过错。“如果妻子故意放弃怀孕;如果……违背丈夫的意愿,参加宴会或在男女混合浴池洗浴;如果妻子违背丈夫的意愿,私下去赛场、剧院或赌场都是过错”(*Martingale-Hubbell Law Digest*, 1991, p. LEB—5)。

〔2〕 详见 Allen (1998)。

原则上,建立在过错基础上的离婚法将财产权及提出离婚的权利赋予最不想离婚的一方。[3] 实践中,由于家庭暴力和虐待引起的离婚只是少数。福斯特和弗里德在著述(1973/4,p.446)中提道:"并不能将这种法律的变化简单地说成是从必须经过双方合意的离婚制度转变为单方可以起诉离婚的制度。"除了决定能否离婚,过错更多的是决定夫妻财产如何分配。例如,过错方可能丧失子女监护权或失去婚姻财产权。[4] 但过错原则引发的一个现象
192 是,夫妻私下达成离婚协议。因为婚姻破裂的原因并不仅限于法律列举的几项,而且,法律上规定的过错很难用证据证明,所以,实际生活中,夫妻为了离婚,常常私下达成协议,伪造过错。在实行过错制度之前,夫妻习惯伪造的过错是"虐待配偶"。这时,离婚理由必然不会受到任何一方的抗辩。当夫妻以这种协议以及婚姻财产协议起诉离婚时,这种协议实际上取代了国家或省政府的法律对婚姻财产的规定。而实践中,这种离婚方式占了大多数。[5] 无过错离婚制引入了单方提出离婚的法定理由,例如,分居或双方不可调和的差异等,从而在根本上改变了原有的离婚法定理由。这些法定理由的重要特点是,它使得单方就可以起诉离婚,而无须配偶的同意。正如前面提到的,在单方可以起诉的离婚的制度中,若确实存在过错,法律会通过对子女监护权和财产分割的限制加以

---

〔3〕 经济学家的假设是女性对婚姻的投入程度更大,而 Allen 和 Brinig 最近的研究(1998)表明,在离婚人群中,女性的行为方式更具机会主义的特点。

〔4〕 实际上,即使在实行无过错制度的国家,在子女监护权和财产分割上,过错原则仍然适用。这也是致使对某些国家离婚法类型划分产生争议的原因。例如,Brinig 和 Buckley (1998)就认为,如果一国婚姻法基于过错实行严厉的财产处罚,那就是过错制度,而不论其离婚需要双方合意还是只要单方起诉即可。

〔5〕 根据 Fain(1977,p.34)的研究,"美国超过 90% 的离婚案件未经过抗辩。但在双方谈判过程中以及财产分割问题时,过错平衡了各方利益,使协议得以达成。" Freed 和 Foster 也在著述中(1979,p.107)阐述类似的观点:"在 19 世纪和 20 世纪早期传统的婚姻法制度下,超过 90% 的离婚是通过私下协议实现的,这事实上创造了双方合意的离婚规则。"

调整。而如果没有这些限制，无过错制实际上是将离婚的权利赋予最想离婚的一方。

为了分析离婚法对离婚决定的影响，这里假设表 11.1 中的数据可以用于婚姻，简单反映婚姻对夫妻各自的效用。[6] 同时，假设夫妻离婚后，单身状态也存在效用。如果单身状态效用总和比婚姻的总效用大，那么，离婚就是有效率的。若情况相反，即婚姻收益比单身收益总和大，但双方仍坚持离婚，则离婚是无效率的。所以，法律应该允许有效率的离婚，因为这增加了社会收益。反之，因为无效率的离婚会降低社会收益，所以，法律不应允许这样的离婚。若仅以简单的好或不好来评价婚姻，那么只有不好的婚姻才会破裂，因此，离婚法改革的支持者很容易得出结论，无过错离婚制是有效率的。

表 11.1　有效率的婚姻的收益标本(美元)

	丈夫	妻子	总效用
婚姻状态	50	50	100
离婚状态	60	30	90

资料来源：艾伦(1995)。

1977 年，加里·贝克尔发表了一篇极具影响力的文章，从理论上阐述和证明了为什么只有当离婚是有效率时，它才会发生。贝克尔的论证建立在罗纳德·科斯的研究基础之上(1960)。假设表 11.1 中的数据表示夫妇在婚姻存续期和离婚后各自的收益。当婚姻的总收益大于单身时的总收益，那么，婚姻是有效率的，夫妻就不应该离婚。在过错制度下，如果要离婚，丈夫必须向妻子“购

〔6〕 需要强调的是，这里的价值并不仅仅指婚姻在金钱上的价值，它只是计算婚姻效用的较为方便的量度。

买”离婚权。从表中可以看出,离婚使丈夫的状况得到改善,他的离婚收益是 10 美元。但却使妻子的状况恶化,妻子的离婚收益是 -20美元。换言之,丈夫愿意支付的离婚权的价格在 10 美元之内,但如果低于 20 美元,妻子不会“出售”离婚权。在这种情况下,交易不会达成,离婚不会发生。这个结果对社会来说是有效率的。如果实行无过错离婚制,丈夫则无须向妻子“购买”离婚权,他可以直接单方起诉离婚。但如果妻子不愿意离婚,她可以“付款”给丈夫,以维系婚姻。这样,因为妻子愿意支付的最高额是 20 美元,而丈夫可以接受的最低额为 10 美元,所以,有交易达成的可能,婚姻仍然会得以维系。综上,可以看出,不论实行哪种离婚立法制度,结果是相同的,都是有效率的。反之,如果婚姻原本是无效率的,那么,无论在何种制度下,它都会以离婚而告终。例如,如果把表 11.1 中的数字对换,婚姻对丈夫来说,收益是 60 美元,对妻子则是 30 美元,而离婚对双方的收益都是 50 美元,这样,妻子会千方百计离婚。在过错制度下,因为离婚使妻子的状况得到改善,收益为 20 美元,而丈夫损失 10 美元,这样,如果妻子付给丈夫 11 美元,则双方都会从离婚中获益。在无过错制度下,妻子当然会离婚,而丈夫又不会为了维系婚姻而补偿她,所以婚姻会破裂。从上述分析可以看出,法律对婚姻的结果并没有影响。需要重申的是,无论实行何种制度,如果交易成本为零,只有在离婚是有效率时,它才会发生。以上的分析似乎可以得出这样一个结论,离婚法的变化本不应该对离婚率产生影响。

这对初步评价新离婚法提供了有力的理论依据。但上述论证有明显的缺陷。该分析的关键前提是财产权或所有权是完整的,即只有在交易成本为零时,上述结论才能成立。[7] 但问题是,婚
194 姻的交易成本极高,因此,这可能导致在无过错制度下,离婚是无效率的。

---

〔7〕 这里的交易成本是指设立和维持财产权的成本。参见 Allen (1991)。

在无过错制度下，由交易成本引起的无效率离婚的数量相当多。首先，离婚时，财产法上的规定可能导致有效率的婚姻的解体。例如，如果妻子供丈夫读书，但法院不认为学位是一种财产，那么，妻子的贡献就不能被界定为夫妻共同财产。同样，在不同的法律制度下，养老金、保险金、丧失的工作机会是否被界定为夫妻共同财产也各有不同。在美国，一些州在夫妻共同财产分割问题上一律采取平均分割制，而不论各方贡献大小；而有些州的法院则努力确定各方对婚姻的不同贡献。在每种体制下，都会有一些不完善的制度，是一方得以从另一方处受益。从实行无过错离婚制开始，离婚立法采取补充式和粘贴式的立法技术。但一旦某种资产形式被纳入夫妻共同财产范围之内，对另一种资产形式的争议立即出现。只要制定法律和交易都存在成本，就不可能有一部法律囊括夫妻共同财产的所有形式，因而，没有效率的离婚发生的可能性就存在。

其次，政府不能有效地强制执行子女和配偶扶养费的支付，因而不能避免离婚带给她们的成本。所以，主动离婚一方的离婚收益与其在婚姻中的收益不一致。这种“父亲逃债”的现象既增加了母亲和子女的成本，又增加了国家的成本，因为国家常常要通过社会福利救助离异家庭。[8] 在一定程度上，可以说，社会福利给自己设置了障碍。从长远来看，母亲和子女的状况会因为社会福利政策变得更糟。

再次，家庭财产的形式可能是单独的，也可能是公共物品，因而离婚时，分割它们很难，成本很高。塞尔德(1993)指出，子女就是准公共品，因此，子女问题的出现常常使离婚变得没有效率。“公共物品”是个经济学术语，它是指一个人对该物品的消费不会

---

〔8〕 Moir (1999)认为，丈夫在离异后不能支付扶养费可能意味着他再建立新的家庭之后，没有能力使新旧两个家庭的生活保持在同一水平上，而并不是他缺少作为丈夫和父亲的责任感。

影响其他人对它的消费。这个术语用到子女身上,是指子女对父亲具有效用,但这不影响其对母亲的效用。因为子女准公共品的这种特性,使得丈夫在离婚后仍然享有这个收益,因而妻子就无法以子女为条件阻止丈夫离婚。在某种意义上,子女的效用受到限制,这减少了其作为公共物品的特征。但遗憾的是,这对许多父亲
195 来说并无大碍,不足以阻止其离开。

再者,一方对离婚的激烈反应会使离婚交易的成本大大提高,使离婚或婚姻变得没有效率。不尊重对方的财产权也会导致没有效率的交易。同时,两性生理上的差异,可能导致家庭暴力。一方为了离婚,可能以暴力威胁或强迫对方签订一个并不能真实反映双方对家庭财产实际贡献的财产分割协议。同时,任何一方也可能破坏共同财产的方式迫使另一方离婚。同样,也可能一方以暴力威胁另一方,不允许其离婚。当存在家庭暴力或家庭暴力威胁的时候,无效率的婚姻或离婚就会出现。

最后,双方达成的不准离婚的契约不具有法律效力。这使得最不想离婚的一方在交易中没有任何优势可言,进而导致无效率的离婚。

艾伦和布里尼格(1998)提到另一个导致交易失败的原因,这种原因建立在两性的生理差异之上。婚姻是一个复杂的契约,交易成本的存在会导致违反契约,而引起交易成本的原因多种多样。尤其对女性来说,更是如此。因为女性对婚姻的投入更多,尤其是怀孕和养育子女。尽管一个母亲也可以参加工作,但现实是,几个孩子的出生使其不得不多次中断工作,因而减少了对家庭经济上的贡献。因为生育大多是在婚姻的早期,所以这对女性来说是一项沉没的投资,她把自己置于困境,而男性却不存在这项投资。一般来说,男性随着工作时间的增加,收入不断增加,所以中年男性在离婚后很容易找到新的配偶。而对中年女性来说,情况却截然

相反。[9] 从以上论述中，很容易看出为什么不准离婚的契约没有法律效力实际上对女性不利。所以，离婚法由过错制到无过错制的改革对离婚率到底有何影响，这一问题的关键最终仍要归结到交易成本。

假设有许多因素在起作用，增加交易机会，以防止婚姻破裂，那么，离婚率应该保持稳定。除此之外，离婚率的增加还有另一个 196
原因，即过错离婚制使无效率的婚姻得以维系。原因在于，在过错制度下，无效率的婚姻也同样存在交易成本。例如，假设一对情侣结婚，但婚姻没有达到任何一方的预期，那么，即使一方想维系婚姻，但事实上，离婚的收益要比维系婚姻的收益高。如果丈夫想离婚，但妻子以丈夫不会支付扶养费为由拒绝离婚，那么，法律不会强制离婚。换言之，强制执行离婚协议的潜在交易成本在开始就阻止了交易的达成。同时，一些财产的不可转让性，子女和某些共同财产的不可分割性，家庭暴力或家庭暴力的威胁，这些所带来的经济成本都可能妨碍交易的达成。因此，交易成本的出现导致了过错制度下无效率婚姻的存在和无过错制度下无效率离婚的发生。这些因素说明，引入无过错制度后，离婚率应该呈上升趋势。

如果无过错离婚制导致的无效率的离婚的情况比过错离婚制下的无效率婚姻更为严重，那么，无过错制度本质上增加了结婚和维系婚姻的成本。这与其他关于婚姻的决定有着直接的联系。假设维系婚姻仍然有收益，那么，当法律的保护缺位时，个体会寻求法律以外的方式保护婚姻的收益。例如，在无过错制度下，女性会倾向于参加工作或增加工作时间或选择一个即使离婚也能自己维持生计的职业；人们会更倾向于选择同居而不是结婚，尤其对那些有巨额财产的人或对婚姻收益期望很大的人来说，更是如此；人们可能会选择晚婚，以更全面地“考查”其未来的配偶。

---

〔9〕 40岁以上的男女性别比例也不利于女性，越来越激烈的竞争使女性在交易中没有优势可言。

以上花了很多笔墨讨论无过错离婚制是否影响离婚率的问题,其他许多问题尚未提到。我将在文章下面的部分论及对离婚率和劳动力市场参与情况的调查研究,同样,还会有关于无过错离婚制对结婚年龄影响的新的研究结果。

三、论据

离婚率

为了更好地理解各种研究无过错制度对离婚率影响的著述和论据,有必要以 1986 年伊丽莎白·彼得斯在美国《经济评论》上发
197 表的文章(Peters,1986)为界,将相关著述分为两类。该文章在所有认为无过错制度对离婚率没有影响的著述中影响力最大。因为它首次采用大量数据和经济学方法对这一问题进行分析,这也为贝克尔十多年前的理论提供了实证。

但这种影响力是短暂的,在这之前一年,韦茨曼的《离婚革命》(Weitzman,1985)一书的发表就预示了这一点。尽管此书中没有过多的例证和倒推理,但其常识性的阐述足以证明其观点。与彼得斯的观点相反,韦茨曼通过调查和数据得出结论:无过错制度下,离婚率更高,而且,离婚对女性来说,是经济上的灾难。而雅各布(1988,p.162)则是最后一批声称无过错制度对离婚率没有影响的主要社会科学家中的一位。他以简洁的言语阐述道:“无过错制度本身对离婚并没有起着推波助澜的作用。”[10] 帕克曼(1992a),这位对无过错制度进行高度批判的学者,也简要总结了几本关于离婚率问题的著述。在研究了贝克尔(1981)和彼得斯

---

〔10〕 Jacob 在其他著述(Jacob, 1989)中阐述到离婚对女性的福利也没有影响,但他以《沉默的革命》作为书名却使人们感到疑惑。

(1986)的著作之后,他总结道:“无过错离婚制在适用的初期确实会在短时期内引起离婚率的攀升,但在这之后,离婚率的变化会回到原来的轨迹。”(p.79)但帕克曼并不清楚,他的观点很容易被实证的研究驳倒。自从彼得斯的作品发表后,对离婚率的研究结果都无法支持她的观点,因为她的结论建立在对数据的错误分类基础之上。

在1986年之前,至少有7篇著作专门研究离婚率和无过错法律制度的关系。[11] 回顾那些早期的研究,多数是盲人摸象。那时,没有电脑和软件,也没有实际数据。戈达德(1972)首次利用数据论证了在加利福尼亚,无过错制度使离婚率增加,因为,1970—1971年度,加利福尼亚的离婚数量超越了正常的预期。舍恩、格林布莱特和迈克(1975)在比较了同期加利福尼亚和整个美国的离婚趋势后,认为这种影响没有持续性。[12] 而加拉格尔(1973)则认为,7年来,在三个郡颁布实施的一系列法律法规建立了无过错的离婚制,这使得特拉华州的离婚率飙升。但他的研究方法过于简单。[13] 他甚至错误地认为“从1957年,特拉华把三年的自愿分居作为法定离婚理由时起,无过错离婚制作为一种观念,应经被人们所认可”(1973,p.873)。因为分居要求自愿,所 198
以,特拉华的离婚法仍然是建立在双方自愿、合意的基础之上,而不是单方可以起诉离婚。这一点从他另外的论述中可以看出:律师发现,如果分居行为的自愿性受到抗辩,那么原告很难胜诉。在诉讼中,常常出现原告诉称分居行为是双方自愿而被告进行否认的情况。在这样的案件中,大部分是原告败诉(1973,p.873)。根据赖特、斯特森(1973)、弗兰克、伯曼、梅热—哈特(1978)以及赛勒(1981)的研究,尽管结论稍好,但二者仍有相关性,而且从离婚率

---

〔11〕 详见Zelder (1992)对这些早期研究的批判性评价。

〔12〕 Becker (1981)用计量经济学的方法对这一问题进行了研究,得出了同样的结论。

〔13〕 作为一名律师,Gallagher的分类方法甚至是错误的。在分析无过错离婚制时,最重要的一点是要明确法律允许单方起诉离婚。

曲线上也可以得出类似的结论。

在贝克尔关于加利福尼亚的著作发表五年之后,彼得斯的作品于 1986 年问世。与那些早期的研究不同的是,彼得斯通过 1979 年美国劳工局公布的当代人口调查(CPS)的附录中所载数据进行分析研究。她从这些数据中抽取来自美国 50 个不同的州的两万名妇女作为样本——她们有的已经离婚,但都只结过一次婚。这些数据反映了妇女的年龄、子女的年龄、受教育情况、居住地区以及其所在的州实行何种离婚制度等内容。彼得斯利用这些已有数据进行反向推理。[14] 其结论为:无过错制度的影响基本为零——离婚率并不取决于法律制度。而艾伦(1992)则认为彼得斯这种抽取样品的论证方式极易受影响。值得指出的是,CPS 收集的从 1975 年到 1978 年的数据极具价值,因为这一时期,一些州引入了无过错制度,另一些州则尚未实行。这对抽样研究至关重要。但随之而来的一个问题是,如何对这些处于变化时期的数据进行分类。事实上,在两万个案例中,彼得斯就将三个州(马塞诸塞州、罗得岛州和怀俄明州)的 38 例进行了错误分类。她的结论是法律制度对离婚率没有影响,但一旦把她的错误分类改正过来,结果将截然相反。因此,那些用来证明法律对离婚率没有影响的论据变得苍白无力,因为他们所使用的数据都是上述早期的原始的离婚率曲线。[15]

1986 年以后,对无过错制度和离婚率之间关系的研究大量涌现。这一时期的研究利用了更可靠的数据,更先进的经济学方法和更准确的法律定义。马弗尔(1989)首次对美国连续一段时期的离婚率进行了系统的、全面的分析。他采用一年内一个州范围内

---

〔14〕 计算机和软件在 20 世纪 80 年代才用于此项研究,因此,这种推理很有价值。

〔15〕 像 Gallagher (1973)一样,许多早期的研究都存在着数据上的不严谨和对各州的分类错误。详见 Marvell (1989)的评论。

的离婚总量和其他衡量州平均收入的变量等作为基本数据。[16] 199 经过分析，他得出结论："无过错法律制度对离婚率有着重要影响，尤其在其实施后一年。"(p. 563)安迪生和沙加特(1991)第一次考虑到财产法对离婚率的影响以及允许单方起诉离婚的无过错制度与不允许单方起诉离婚的无过错制度的区别。根据美国连续一段时间的离婚总量，他们认为，"在那些没有引入无过错制度的州，人们对住所与有着长期需求。同时，强制分居期的规定降低了离婚率"(p. 143)。

近几年来，其他比较有影响力的研究则继续关注细微之处。Nakonezny，沙尔和罗杰斯(1995)对无过错离婚制度与个人收入、受教育程度以及宗教信仰之间的相互作用进行了研究，之后，他们得出结论，"基于无过错制度的离婚法的颁布的确使离婚率有所上升"(p. 487)。韦斯和威利斯(1989)首次运用了一段较长时间内的比较全面的数据进行分析，得出了类似的结论——无过错离婚制使离婚率增加。而布里尼格和巴克利(1998)所采用的则是总的纵向数据，并根据当时各州法律制度的不同，对数据进行了严格的分类。他们的"主要的发现是，有些州的法律在当事人离婚时，并不惩罚任何一方的过错行为，而离婚率和这种法律制度之间确实有着重要的联系……对 1980 年至 1991 年的离婚率的研究表明，无过错离婚制与高离婚率有着直接关系，这已是毋庸置疑的事实"(1998，p. 16)。

本章的本意并不是对这些著述逐一进行仔细的分析，但最近的三篇论文对关于这个问题的争论确实尤为重要。第一篇是里奥拉·弗里德伯格(1998)发表在《美国经济评论》上的文章。他在彼

---

〔16〕 离婚数据通常采用两种形式。一种是个人随机抽取的数据样本，另一种是国家公布的数据。前者的优势在于它能够体现个人的选择，但这种仅仅是具有代表性的数据忽视了其整体性。后者的优势在于这种数据能够体现离婚率在一定时间和空间内外诱性变迁，但只是用人口统计学上的变量提供了简单的平均数。

得斯和艾伦之争的基础上继续深入研究，力求在离婚法与离婚率关系问题上给出一个明确的答案。为了达到这一目的，她收集了一系列数据，包括美国离婚法改革以后全部时间内每一个真实的离婚案例。她所收集的数据展现的是整个美国的离婚率水平。这意味着，她不但可以像彼得斯和艾伦那样，对各州的离婚率水平进行比较分析，看出它们的区别，而且，她可以掌握不同时期，人们离婚行为的变化。弗里德伯格引进一系列中间变量，以表示不同的州不同时期的固定差异。经过分析，她认为单方可以起诉离婚的法律制度对离婚率有着重要影响：如果不实行单方起诉离婚制，该州的离婚率会降低 6%。这一数字占 1968 年到 1988 年增加的离
200 婚总量的 17%(1998, p. 17)。此外，弗里德伯格使用布里尼格和巴克利(1998)提供的法律定义，以研究不同州的法律的不同影响。有些州的无过错离婚法要求双方合意，而有些州同样是无过错离婚法，但却只需单方起诉离婚即可。弗里德伯格发现：

> 一个州所实行的单方离婚法律制度是症结所在。最严格意义上的单方离婚法律制度是指法律没有法定别居期的规定，在分割财产时也不考虑任何一方的过错。这一制度使每千人中，离婚率增加了 0.549 个百分点。这意味着，在同时期，离婚率增长的平均水平为 4.6% 的情况下，该州的增长率为 11.9%。(1998, p. 12)

弗里德伯格的研究结果可能给出了一个较为权威的答案，在一定程度上平息了关于无过错离婚法律制度的争论。有些人可能认为，由于法律变化带来的离婚率的增加只是 5% 到 10%，这一数字是很小的，并不值得担忧。但是，弗里德伯格指出，在无过错离

婚制时代，这一数字已经累计达到 17%。[17]

改革离婚法是为数不多的降低离婚率的方式之一，不管这种降低会多么微乎其微。但归根结底，问题的本质不在于法律的影响有多大，而在于到底应不应该允许这种离婚。换句话说，离婚率的上升是无效率的离婚还是有效率的离婚的结果？如果法律的变化导致无效率的离婚数量增加了 10%，那么，这种法律应该进行改革。

另两篇著述则试图研究是否是法律的变化导致无效率离婚现象的出现。塞尔德(1993)认为，子女是婚姻中的公共物品，因此，子女会导致离婚交易的无效率。公共物品的出现会使婚姻变得有效率，但是，如果一方决定离婚，这种公共物品的特性，即一方的消费不影响另一方的消费，并不足以阻止离婚。公共物品的出现是提出离婚的一方既可以得到单身的全部收益，又可以消费婚姻中的公共物品。这种离婚是无效率的，因此应该被禁止。为了证明这一观点，塞尔德建立了一个变量，用以衡量用于子女的总消费，并假设消费的多少代表了子女在婚姻中的重要程度。在假定无过错制导致无效率离婚时，这个变量成倍增长。塞尔德运用来自收入动力学研究的数据，他发现，这一变量的作用很明显，尽管在论证中存在衡量无过错离婚时引进的中间变量。他指出，子女的出现及其所引起的夫妻离婚时的交易难题是无效率离婚的重要原因。塞尔德的发现对关于无过错离婚制的争论意义重大，因为几 201
乎所有的婚姻都有子女。如果确实是子女产生了关于公共物品这一难题，进而导致无效率的离婚，那么，离婚法不应该只依照单方的意志允许离婚，除非该夫妇没有子女。

---

〔17〕 在美国的法律史上，存在着过错离婚法时代和无过错离婚法时代的明显界限。50 年前，许多州的法律比较宽松，而现在，许多实行无过错制度的州，其法律比较保守。因此，美国的法律变化不像加拿大那样不连续，影响那么大，而是相对来说波动较小。这可能也是美国离婚率变化相对较小的原因。

艾伦(1998)则采用另一种方法寻求无效率离婚的症结所在。他认为,用于评估潜在配偶将来对婚姻的贡献这一信息成本过高,这常常导致对配偶的错误选择。在文章中,艾伦分别用变量来衡量婚前怀孕、劳动力市场参与情况以及劳动力市场参与情况的差异。当假定无过错离婚制使无效率离婚发生时,这些变量也全部成倍地增长。[18] 在关于无过错离婚制的争论上她的关键贡献在于发现了除子女以外,导致无效率离婚的其他因素。因为婚姻包括了对一个人和一段关系较长时期的具体人力资本上的承诺和义务,所以,无效率的离婚发生的机会很多。此外,艾伦和塞尔德指出,衡量这些因素还包括衡量无过错假定变量与人口统计学变量之间的相互作用。这在一定程度上说明了弗里德伯格所说的累计增长率会达到17%这一数字可能应该更大一些。

弗里德伯格在进行论证时直接使用引进的中间变量表示不同时期不同的州之间的差异。17%这一数字只是由假定的无过错变量所引起的离婚率的上升。当然,她和其他学者在研究和论证中也运用了其他变量。例如,他们都使用了一些衡量经济状况的变量,因为,众所周知,当经济低迷时,离婚数量会增加。但是,需要指出的是,如果无过错的离婚法律制度不出现,即便在经济低迷期,这些离婚也不会发生。事实上,各种论证中所使用的各种变量也说明了这一结果。无过错离婚制与各种因素相互作用,因此,弗里德伯格所说的17%这个数字可能有点儿低。塞尔德和艾伦的研究都表明,无过错的离婚法导致了无效率的离婚。这种结果出现的原因在于交易成本太高,妨碍了家庭成员通过交易说服另一方放弃离婚。或许可以说,虽然无过错离婚制导致更多的离婚,但无效率的婚姻迟早会终结。艾伦的论文(1998)是惟一一篇分析了

---

〔18〕 尽管文中实际采取的经济学方法并不复杂,但对它进行具体解释需要大量的篇幅,而且和这里的论点关系不大,所以在此不进行赘述。有兴趣的读者可以参考原文。

加拿大在实行无过错离婚制之后的情况的著述。在加拿大，规定离婚问题是联邦法的责任范围。毫无疑问，加拿大的无过错离婚制也导致离婚率的增加（见表 11.1 中的数字）。即使大概地看一 202
下表 11.1 中的数字，也很容易发现，1968 年的数据非同寻常。在有些情况下，法律变化了，可是总体的离婚率较低，这种现象有其经济学上的原因。一个原因是，法律的许多变化确实不是离婚率变化的外因。但是，加拿大的情况可能是最好的反证。加拿大不仅在全国范围内一次性改变了法律，而且是第一个实行无过错离婚制的国家。毫无疑问，加拿大的法律变化使人们感到出其不意，离婚率急剧增长，它可以说是离婚率变化的外因。

女性的劳动力市场参与率

尽管仍有相当多的人怀疑无过错离婚制对离婚率的影响，但离婚法的变化对女性劳动力市场参与率有着重要影响，这一观点得到了广泛的认同。在过去的一个世纪中，尤其是第二次世界大 203
战以后，女性大量涌入劳动力市场。到 1970 年，女性劳动力市场参与数量的增加使得女性平均工资得以增长。但令人疑惑的是，1970 年之后，尽管女性劳动力市场参与数量持续增长，但平均工资却基本保持不变。罗伯特·迈克尔（1985）首次提出，离婚率的增长使女性劳动力市场参与率的提高。因为离异的妇女更可能参加工作，而且离婚率是在 1970 年以后增加的，他认为这可以解释为什么女性的劳动力市场参与率在这一时期得以提高。为证明这一观点，他指出，离婚率的增加与已婚的、孩子较小的女性的劳动力市场参与率之间的关系相对滞后。

彼得斯（1986）在她关于离婚率的文章中，第一次将无过错离婚法与女性的劳动力市场参与率联系起来。她认为，已婚妇女在家照看孩子是对家庭的投资。如果女性这些对婚姻的投资在离婚时不能被界定为夫妻共同财产而加以分配，那么，女性在离婚时状

况会恶化,因此,为了自我保护,她们在婚姻期间也要努力工作。彼得斯根据她在研究离婚率时使用的当代人口调查(CPS)的数据,运用人口计量学上的变量,并引进另一个中间变量,来表示某一个体是否生活在实行无过错离婚制的州。经过分析,她发现,在实行无过错离婚制的州,女性劳动力市场参与率高出了2%。

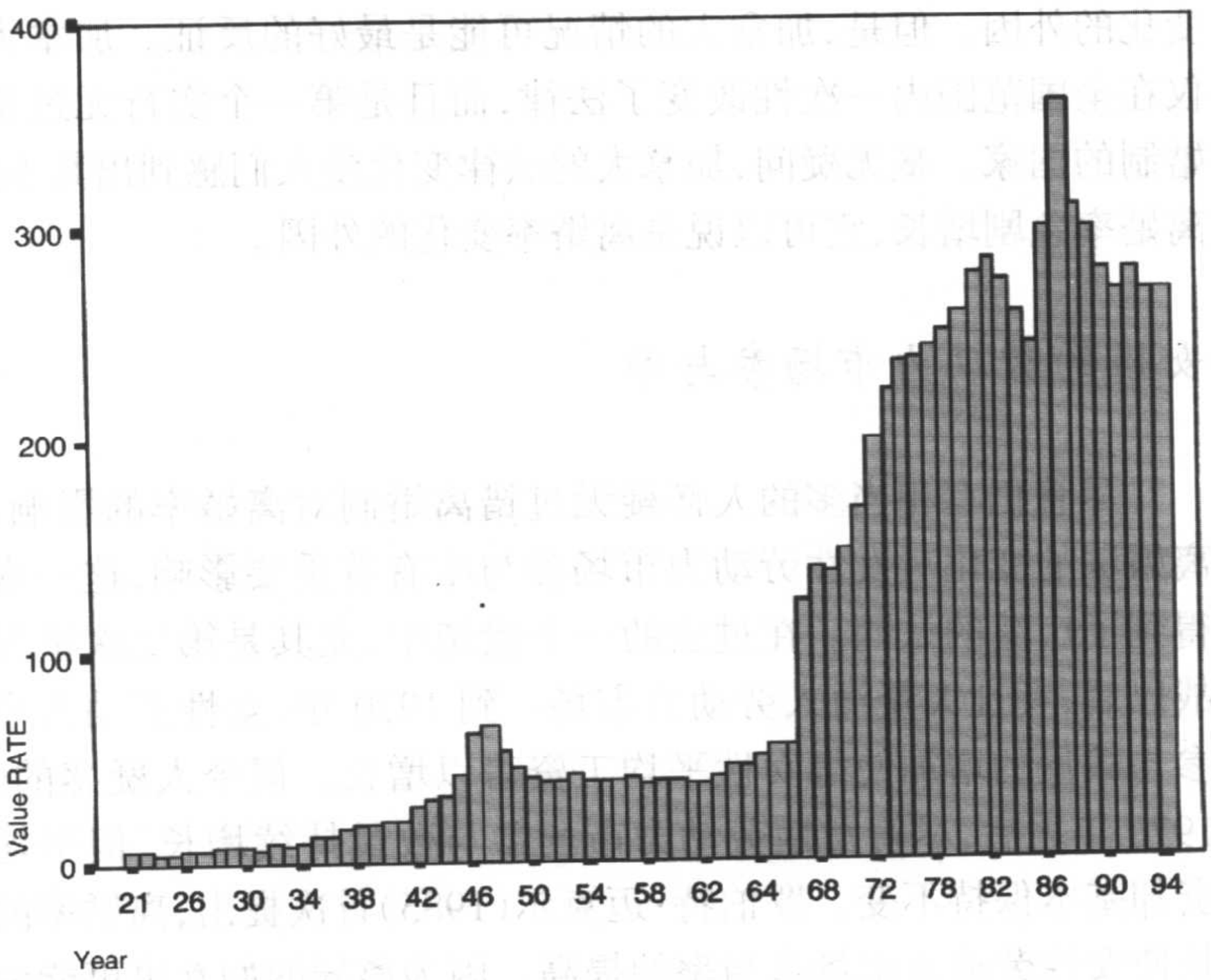

图 11.1 加拿大 1921—1994 年每 100,000 人的离婚率

艾伦·帕克曼(1992b)也用彼得斯所使用的数据对无过错离婚制和劳动力市场参与率的关系进行了研究。他关注的重点不是女性通过增加劳动力市场参与率来抵消离婚的影响这一事实,而是这种机制是如何发挥作用的。帕克曼认为,已婚女性最担心的不是对婚姻的投资,而是由于结婚,不得不呆在家里相夫教子,这减少了已婚女性的人力资本和职场竞争力,但这些在离婚时得不到

补偿。他指出,劳动力市场参与率增加的那部分大多数是那些如果放弃工作,人力资本会缩水较大的已婚妇女。这些大部分是年轻的白种妇女。尽管帕克曼不同意彼得斯所说的该机制的作用方式,但对于法律的影响这一问题,他得出了类似的结论。

帕克曼(1998)在他早期著作的基础上,继续进行深入的研究。他考虑了女性全部的工作时间,不仅包括女性劳动力市场参与率的增加,而且包括女性用于家务劳动的时间的增加。他采用了1975年至1981年这一时间跨度内的数据,其中包括家务劳动的数据。他发现,在实行无过错离婚制的州,女性每周平均工作时间大约比那些生活在实行过错离婚制的州的女性的平均工作时间多四个多小时。相反,丈夫每周的工作时间反而减少了两个小时。 204
帕克曼认为,这种现象以及对比反驳了那种认为女性的工作仅仅是为了增加家庭收入的观点,女性增加工作负担是用自身的劳动力为自己提供一种保障机制,以面对离婚的威胁。

最后,约翰逊和斯金纳(1986)也对这一问题进行了重要的研究。[19] 以前已经提过,美国有13个州的离婚法的分类与通常所说的无过错离婚法不一致,因此,对这13个州的情况无法准确加以分析评述。约翰逊和斯金纳以密歇根州的相关数据为基础,分析了离婚对劳动力市场参与率的影响。他们发现,一般在离婚将要发生时,女性积极参与到劳动力市场中来,这就带来了一个问题:是离婚的危险使女性劳动力市场参与率增加,还是女性积极参与到劳动力市场导致婚姻不稳定?他们利用一个模型来检验这两种假设,这一模型中包括同时期将来离婚的可能性与当今已婚女性工作情况这两个因素。经过论证,他们得出,女性工作情况对离婚的可能性没有实质影响,但一场可以预见的离婚对女性参与到劳动力市场的情况有着相当大的影响。这段时间,密歇根州的劳

---

〔19〕 Gray (1998)也对此进行了研究,并加进了婚姻财产协议的因素,而且在劳动力市场参与率问题上得出了相似的结论。

动力市场参与率的增长水平为 15%,而这种因素引起的增长占 2.6%,这是用实际工资或其他因素的变化所解释不了的。

结婚年龄

关于无过错离婚法的影响,人们把更多的注意力集中在离婚率或女性劳动力市场参与率这两方面。而艾伦·帕克曼(Parkman,1992a)是一个例外。在他的著述的第五章中,他首先假设女性更钟情于婚姻而不是离婚,然后提出了几种其他的使离婚变得简单的因素。例如,帕克曼指出,无过错离婚制使女性经济地位降低。自从帕克曼的书发表后,人们一再证明了这一观点。芬妮(1995)对离婚后人们的经济水平做了一个广泛的调查研究。她发现,在离婚后第一年,女性的贫困率是男性的 2.5 倍。布里尼格和艾伦(2000)在这之前也提到,当男性认为自己可以带走大部分的婚姻财产时,他们才起诉离婚;而女性则多数是为了得到子女抚养权才起诉。这些因素都意味着离婚会使女性经济地位降低。

帕克曼认为,女性为了面对离婚的威胁,努力接受更多的教育,掌握更多的工作技能,这些影响了女性婚姻生活以及整个家庭生活的质量。同时,他还指出,如果在无过错离婚制下,离婚成本很高,但很容易,那么,人们就不会那么早结婚,以选择一个更好的
205 配偶。在帕克曼的书中,针对每一种情况,他都进行了分析论证或者以实际数据支持其观点。在本文这一部分,我将列举关于结婚年龄的实际数据以支持帕克曼的上述观点。

这里所列举的数据来自美国国家健康统计中心所统计的 1989 年至 1995 年的婚姻档案。这些档案包括了这一时期美国每一个婚姻的信息。该样本中一共包括 1,250,460 份观察资料,这里,我仅随机抽取 10%。[20] 尽管有很多资料,但每一份档案中变

---

〔20〕 该数据来自于一张 CD,并且是用一个非常慢的 DOS 系统下载的。

量的数量很少，基本上就是人们所熟悉的结婚年龄、民族和结婚地。关于对各州法律类型的划分，我采用的是弗里德伯格的划分。各种变量的定义见表 11.2。

表 11.2　变量的定义

变量	定义
NOFAULT	=1 如果依照弗里德伯格的划分，该州属于无过错离婚制
AGEDIFF	=丈夫的年龄减去妻子的年龄
MIXED RACE	=1 如果丈夫和妻子的种族不同
B -NUM-MAR	=新娘以前结婚的次数
G -NUM-MAR	=新郎以前结婚的次数
B -PREVIOUS	=1 如果新娘有过婚史
G -PREVIOUS	=1 如果新郎有过婚史
TIME	=1 如果在 1989 年结婚
	=2 如果在 1990 年结婚
	.....
	=7 如果在 1995 年结婚

表 11.3 的数据表示不同的已婚办公室女性的结婚年龄以及其他一些变量的情况。表 11.4 中的数据则表示的是男性的情况。从中可以看出，两个表格中的数据反映了大致相同的结果。惟一不同的是，男性一般和比自己稍微年轻的女性结婚。表中数据显示，种族不同的两个人，通常结婚较晚。这可能是因为，跨种族寻找伴侣成本较高或者这种婚姻的离婚风险较大。从时间变量来看，人们结婚的年龄越来越大。而其他变量仅仅说明了，人们再婚或第三次结婚的年龄也比以前大。从上述数据和分析中，可以明显看出，无过错离婚制对人们的结婚年龄有着一定的影响。在实

206 行无过错离婚制的地方,人们结婚的时间推迟了6到9个月。这些数据与离婚率以及劳动力市场参与率类似。无过错离婚制确实有着重要的影响,但其影响的广度没有那么大。

表 11.3 办公室女性情况分析 因变量:新娘的结婚年龄

变量	所有婚姻	第一次婚姻	多于一次婚姻
NOFAULT	0.47	0.36	0.36
	(10.23)	(8.32)	(4.64)
AGEDIFF	−0.32	−0.37	−0.28
	(−77.39)	(−66.24)	(−28.13)
MIXED RACE	1.78	1.63	1.72
	(35.69)	(36.55)	(9.34)
B -NUM-MAR	2.17		1.97
	(36.47)		(18.83)
G -NUM-MAR	1.84		1.56
	(29.81)		(14.71)
B -PREVIOUS	5.23		
	(56.04)		
G -PREVIOUS	4.96		
	(52.00)		
TIME	0.16	0.119	0.198
	(13.98)	(11.31)	(5.57)

表 11.4 办公室女性情况分析 因变量:新郎的结婚年龄

变量	所有婚姻	第一次婚姻	多于一次婚姻
NOFAULT	0.47	0.35	0.68
	(10.33)	(8.31)	(4.74)
AGEDIFF	0.66	0.62	0.71
	(158.88)	(113.16)	(71.46)
MIXED RACE	1.77	1.62	1.72

续表

	(35.69)	(36.65)	(9.35)
B -NUM-MAR	2.15		1.97
	(36.25)		(18.79)
G -NUM-MAR	1.86		1.58
	(30.18)		(14.84)
B -PREVIOUS	5.22		
	(55.99)		
G -PREVIOUS	4.97		
	(52.18)		
TIME	0.16	0.119	0.195
	(13.93)	(11.36)	(5.50)

207

四、结论

分析无过错离婚制对婚姻和离婚的影响的有关论据，会发现它们自相矛盾。如果我们假设交易存在成本，而婚姻也存在这些成本，那么，毫不奇怪，当离婚很容易时，它就会变得普遍，这样，人们就会事前加以防范，避免不好的婚姻，从而避免随之而来的离婚。因此，我们可以看出。离婚率急剧上升，人们都在竭尽全力，试图减轻离婚的不良影响。但是，在英国哥伦比亚地区，1984 年到 1994 年间，结婚率增加了 20%。1997 年，18 岁至 30 岁的女性中，有 40%的人结束单身生活，进入婚姻。经过实际分析，可以看出无过错离婚制确实对离婚率存在着一定影响，但上述数据又表

明这种影响的范围并不大。为什么会出现这种自相矛盾的现象？

部分原因可能是所有的论证采用的都是有关美国的数据。问题就出在这儿。首先，对美国各州离婚法类型的划分存在争议。有一些州实行完全的无过错制度或完全的过错制度，而有些州则介于两者之间。如果一个州的法律要求经过三年的分居期才可以离婚，那么，该法律实行的是过错制还是无过错制？如果要求五年的分居期或者过错只在分割夫妻共同财产时作为一个考虑因素，这时，又该如何界定法律的类型呢？[21] 其次，在分析过程中，没有考虑从过错制到无过错制法律的变化程度，也引起了类似的问题。一些州实行的无过错离婚制相当严格，而有些州实行的过错离婚制反而比较宽松。如果一个州的离婚制度由原来的比较宽松的过错制度转变为无过错制或者由原来严格的过错制度转变为严格的无过错制度，实际上，在这一过程中，法律本身的变化并不大，因此，有时会发生归类错误的现象。但是，很多分析没有考虑到这一因素，使分析结果出现偏差。

最后，可能是美国自身所存在的问题。美国由原来的制度过渡到无过错离婚制，花费了 15 年时间。改革之初，即 1970 年时的文化环境，包括离婚，女性劳动力市场参与情况，单身父母的情况以及婚姻情况，与 1985 年南达科他州最终完成婚姻法改革时，已经大相径庭。1984 年，南达科他州的离婚率肯定受到了巴巴拉·
208 怀特黑德所说的“离婚文化”的影响。但问题是，这种离婚文化在多大程度上受到其他地区之前的离婚法改革的影响？[22] 现在达到婚龄的年轻男女是在无过错离婚法改革在美国完全完成以后成长起来的一代人，他们清楚地知道无过错离婚法在各方面的影响。他们离婚的倾向与前一代人有所不同，这既是当今无过错离婚法

---

〔21〕 据我所知，只有 Friedberg 认为，应该对这种类型的法律进行两种分类，以解决这一问题。

〔22〕 Rowthorn (1999)提出了相同的问题。

的直接影响，也可以说是早期无过错离婚法的间接影响。因此，在进行数据分析时，将同一个中间变量既用于早期进行改革的加利福尼亚州，又用于南达科他州，这不足以准确地分析无过错离婚法的影响。

从这些方面来看，加拿大的情况显然有利于进行这种分析。正如表 11.1 中的数据所显示的，法律变化有着明显的、重要的影响。假设加拿大是第一个引进无过错离婚制的国家，并且在联邦法中加以规定，而且外诱性变迁是改革的主要原因。那么，尽管目前的分析显示，无过错离婚制的影响较小，但是，它对每一个离婚案件的影响会有一个最低限度。毫无疑问，尽管人们对无过错离婚法的影响已经深信不疑，但它的影响的广度和深度到底怎样，对这个问题，人们还将继续争论下去。 209

参考文献

Allen, Douglas (1991), "What Are Transaction Costs?" *Research in Law and Economics*, 14, 1—618.

(1992), "Marriage and Divorce: Comment", *American Economic Review*, 82, 679—685.

(1995), "Some Comments Regarding Divorce, Lone Mothers, and Children", in John Richards and William Watson (eds.), *Family Matters: New Policies for Divorce, Lone Mothers, and Child Poverty*, Toronto: C.D. Howe Institute.

(1998), "No -Fault Divorce in Canada: Its Cause and Effect", *Journal of Economic Behavior and Organization*, 37, 129—149.

Allen, Douglas and Margaret F. Brinig (1998), "Sex, Property Rights and Divorce", *European Journal of Law and Economics*, 5, 211—233.

Anderson, Gary and William Shughart II (1991), "Is Breaking up Hard to Do? Legal Institutions and the Rate of Divorce", *Journal of Public Finance and Public Choice*, 2, 133—145.

Becker, G. (1981), *A Treatise on the Family*, Cambridge, MA: Harvard

University Press.

Becker, G., E. Landes, and R. Michael (1977), "An Economic Analysis of Marital Instability", *Journal of Political Economy*, 85,1141—87.

Brinig, M. and Douglas Allen(2000), "These Boots Are Made for Walking: Why Most Divorce Filers Are Women", *American Law and Economics Review*, 2,126—169.

Brinig, M. and F. Buckley (1998), "No -Fault Laws and At-Fault People", *International Review of Law and Economics*, 18,325—340.

Coase, R. (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*,3,1—49.

Fain, Harvey (1977), "Family Law -Whither Now?" *Journal of Divorce*, 1,31—42.

Finnie, Ross (1995), "The Economics of Divorce", in John Richards and William Watson (eds.), *Family Matters: New Policies for Divorce, Lone Mothers, and Child Poverty*, Toronto: C.D. Howe Institute.

Foster Jr., H. and D. Freed (1973/4), "Divorce Reform: Brakes on Breakdown?" *Journal of Family Law*, 13,443—493.

Frank, A., J. Berman and S. Mazur-Hart (1978), "No Fault Divorce and the Divorce Rate: The Nebraska Experience -An Interrupted Time Series Analysis and Commentary", *Nebraska Law Review*, 58,1—99.

Freed, D. and H. Foster Jr. (1979), "Divorce in the Fifty States: An Overview as of 1978", *Family Law Quarterly*, 13,105—128.

Friedberg, L. (1998), "Did Unilateral Divorce Raise Divorce Rates? Evidence from Panel Data", *American Economic Review*, 88,608—627.

Gallagher, H. (1973), "No -Fault Divorce in Delaware" *American Bar Association Journal*, 59,873—5.

Goddard, W. (1972), "A Report on California's New Divorce Law: Progress and Problems", *Family Law Quarterly*, 6,405—48.

Gray, J.S. (1998), "Divorce Law Changes, Household Bargaining, and Married Women's Labor Supply", *American Economic Review*, 88,628—642.

Jacob, H. (1988), *The Silent Revolution: The Transformation of Divorce Law in the United States*, Chicago: University of Chicago Press.

(1989), "Another Look at No -Fault Divorce and the Post-Divorce Finances of Women", *Law and Society Review*, 23,95—115.

Johnson, W. and J. Skinner (1986), "Labor Supply and Marital Separation", *American Economic Review*, 76,455—469.

Martingale -Hubbel Law Digest (1991), New Providence, NJ.

Marvell, T. (1989), "Divorce Rates and the Fault Requirement", *Law and Society Review*, 23, 543—567.

Michael, R. (1985), "Consequences of the Rise in Female Labor Force Participation Rates: Questions and Probes", *Journal of Labor Economics*, 3, S117—46.

Moir, D. (1999), "A New Class of Disadvantaged Children: Reflections on 'Easy' Divorce", in Douglas Allen and John Richards (eds.), *It Takes Two: The Family in Law and Finance*, Toronto: C.D. Howe Institute.

Nakonezny, P., R. Shull, and J. Rodgers (1995), "The Effect of No -Fault Divorce Law on the Divorce Rate Across the 50 States and Its Relation to Income, Education, and Religiosity", *Journal of Marriage and the Family*, 57,477—488.

Parkman, A.M. (1992a), *No -Fault Divorce: What Went Wrong*? Boulder, CO: Westview Press.

(1992b), "Unilateral Divorce and the Labor-Force Participation Rate of Married Women, Revisited", *American Economic Review*, 82,671—8.

(1998), "Why Are Married Women Working So Hard?" *International Review of Law and Economics*, 18,41—49.

Peters, H.E. (1986), "Marriage and Divorce: Informational Constraints and Private Contracting", *American Economic Review*, 76,437—454.

Rowthorn, R. (1999), "Marriage and Trust: Some Lessons from Economics", *Cambridge Journal of Economics*, 23,661—691.

Schoen, R., H. Greenblatt, and R. Mielke (1975), "California's Experience with Non-Adversary Divorce", *Demography*, 12,223—243.

Sepler, H. (1981), "Measuring the Effects of No -Fault Divorce Laws across Fifty States: Quantifying a Zeitgeist", *Family Law Quarterly*, 15,65—102.

Weiss, Y. and R. Willis (1989), "An Economic Analysis of Divorce Settlements", unpublished manuscript, Population Research Center, University of Chicago.

Weitzman, L. (1985), *The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, New York: Free Press.

Whitehead, B. (1997), *The Divorce Culture*, New York: Knopf.

Wright, G. and D. Stetson (1973), "The Impact of No -Fault Divorce Law Reform on Divorce in American States", *Journal of Marriage and the Family*, 40,575—581.

Zelder, M. (1992), "Did No -Fault Divorce Law Increase the Divorce Rate? A Critical Review of the Evidence", unpublished manuscript, Northwestern Law School.

(1993), "Inefficient Dissolutions as a Consequence of Public Goods: The Case of No -Fault Divorce", *Journal of Legal Studies*, 22,503—520.

第十二章　欧洲离婚法、离婚率及其因果关系

伊恩·史密斯

一、概述

过去，关于离婚法放宽条件限制与急剧增长的离婚率之间关系的调查研究更多地集中在北美地区。除了古德(1993)，格兰登(1989)和菲利普斯(1988)之外，近期，在欧洲，与法律变化和离婚率相关的著述甚至一般性的经验主义的分析都是凤毛麟角。在早期对离婚数据(Chester，1977；Commaille et al.，1983)的描述和研究的基础上，近期惟一值得关注的统计数据来自卡斯尔斯和弗勒德(1991)。这是个被忽视的领域，因此，本文旨在对离婚法律与离婚率之间的关系进行深层次的研究。

在许多国家，除了离婚的法定理由之外，关于财产分割、子女抚养的相关规定越来越成为立法的重要课题。从立法的变化中可以看出，有关离婚问题的解决原则不仅涉及离婚的原因，更关注离婚家庭的生活水平，尤其是离婚在经济上对单亲父母及其子女的影响更是引起相当程度的关注。在欧洲不同的国家，婚姻解体对家庭经济负担的影响程度相差很大。在不同国家，离婚的经济结果是不同的，本文对此亦会有所评论。

相关数据

在表 12.1 中，我们可以看到欧洲几个主要国家总离婚率的情

212 况。总离婚率是将以离婚结束的婚姻与现存婚姻的比值。[1] 关于离婚率,应该说明的一点是,这里所说的离婚是指通过法律程序结束的婚姻,而不是事实上已经破裂的婚姻。在那些通过法律程序离婚比较困难或成本较高的国家,婚姻解体一般不进入法律程序。如果已知不同国家离婚难易程度的不同,那么国家间实际离婚水平的差异要比表 12.1 中显示出来的小的多。而且,表中数据不包括在一些国家中,通过司法程序,确定别居的情况。这是一种成本较低的、替代离婚的方式,但一旦法定别居就不允许再婚。事实上,离婚法的严格性与法定离婚及事实离婚之间有着直接的联系。由于某些原因,失败婚姻数量的增长似乎被这些数字夸大了,尤其在比较了主要法律改革前后的情况之后,这种夸大更明显了。

表 12.1 欧洲主要国家总离婚率

国家	1960 年	1970 年	1975 年	1980 年	1985 年	1990 年	1995 年
奥地利	0.14	0.18	0.20	0.26	0.31	0.33	0.38
比利时	0.07	0.10	0.16	0.20	0.27	0.31	n/a
丹麦	0.19	0.25	0.37	0.40	0.46	0.44	0.41
英格兰和威尔士	0.07	0.16	0.30	0.38	0.42	0.42	0.43
联邦德国	0.10	0.15	0.22	0.22	0.30	0.29	0.34
芬兰	0.11	0.17	0.26	0.28	0.28	0.41	0.49
法国	0.09	0.12	0.16	0.22	0.31	0.32	0.38
希腊	n/a	0.05	0.05	0.06	0.11	0.12	0.15
意大利	0.00	0.05	0.03	0.03	0.04	0.08	0.08
荷兰	0.07	0.10	0.20	0.26	0.34	0.28	0.32

〔1〕 表中数据通过对所给年度符合给定婚姻持续期的最终离婚率累计相加得来。它显示了最终以离婚而告终的婚姻所占的比率,而这些婚姻必须具有一定的持续期。这种评估方法用婚姻持续期这个条件把婚姻人口控制在一定范围之内,它比最初的简单地用离婚数除以结婚人数或更普通的,从总人口中抽样调查评估的方法更可靠。

续表

国家	1960 年	1970 年	1975 年	1980 年	1985 年	1990 年	1995 年
挪威	0.09	0.13	0.21	0.25	0.33	0.43	0.46
瑞典	0.16	0.23	0.50	0.42	0.45	0.43	0.50
瑞士	0.13	0.15	0.21	0.27	0.30	0.33	0.38
总计离婚数(千)	152	248	410	470	565	565	638

资料来源:柯玛依等人(1983),欧洲议会(1998)。

注:n/a=资料不可得。

总离婚率是建立在对持续、具体的离婚率的衡量的基础上,用来表示离婚可能性的量。

二、法律与离婚

从表 12.1 中可以看出,20 世纪 70 年代,尤其是 1975 年之前,欧洲离婚总体水平以最快的速度持续地增长,尽管不是所有国家都如此。很自然地,人们会把离婚率的显著增长与同时期的法律改革降低了离婚难度联系起来。在考虑这些变化时间上的连续性之前,也应该注意到,甚至在 1960 年或 1970 年,在自由离婚的改革浪潮之前,欧洲这些国家之间的离婚率已经有了明显的差异。瑞典和丹麦最高,瑞士、奥地利、联邦德国这三个说德语的国家次之,意大利一直到 1970 年才允许离婚,而比利时、荷兰、英格兰和威尔士的离婚率最低。20 世纪 60 年代,这些差异与其离婚法律条款之间的差异相符。为了更进一步了解离婚法与离婚率的关系,有必要弄清在欧洲离婚法改革之前,这种联系是否也同样存在。这也为研究提供了一个框架,人们可以在这个框架讨论以后的发展趋势。根据欧洲各国的情况,离婚制度的立法主义有三种。坚持相同立法主义的国家离婚率未必相同,但持有不同立法主义的国家之间的离婚率差异很大。

213

别居主义

别居主义规定在一定的等待期后允许离婚，等待期内，夫妻双方分开居住。很明显，20 世纪 60 年代，斯堪的纳维亚国家将别居作为离婚的主要法律依据。例如，在瑞典，1920 年婚姻法规定，夫妻双方在事实分居三年以后可以离婚或者可以通过司法程序裁定分居，一年以后，夫妻任何一方可以起诉离婚(Trost，1977)。这种是最常见的方式，1960 年，81% 的离婚通过这种方式实现。司法别居的便利之处在于其短暂的等待期以及它能及早从法律上确立财产分割和子女抚养问题。当然，通过 8 种过错中的任何一种都可以达到离婚的目的，但这些并不常用。在斯堪的纳维亚国家，脱胎于别居主义的立法主义随处可见。

强过错主义

在强过错主义之下，若夫妻一方有严重过错，例如通奸，享有离婚诉权的则仅限于无过错方。起诉方在法庭上负有举证责任。法庭判定另一方存在过错则对无过错方配偶扶养费请求权的享有具有决定性意义。法律禁止无过错方直接起诉离婚，但其可以通过转让收入等条件与无过错方协商，从而使无过错方主动起诉离
214 婚，以达到其离婚的目的。而荷兰存在一种“谎言实务”的做法，在事实上即使不存在上述严重过错，若双方达成协议，一方在法庭上主动承认其有过错，也可以达到离婚的目的，但这种过错是双方伪造的(Kooy，1977)。强过错主义的关键在于，离婚必须得到法律上无过错方的同意和合作，法律禁止违背无过错方的意志使其婚姻终结。但过错方可以通过做出对方无法忍受的行为使对方“同意”起诉离婚(Weiss and Willis，1993)。

20 世纪 60 年代，强过错制度在法国、英格兰和威尔士、苏格

兰、荷兰以及比利时占据主导地位(Chester,1977)。极少有国家法律明文规定离婚必须取得双方一致同意,因为这样会增加与婚姻有关的犯罪或过错,产生不利的法律后果。但比利时民法典是一个例外,但其规定的诉讼程序过于冗长,成本过高,需要几个法院同时出庭,这些使其适用性大打折扣。

弱过错主义

弱过错主义的主要特点是不再以严重过错作为离婚的必要条件。过错范围不再仅限于严重过错,只要可以证明,微小的过错也可以使双方达到离婚目的。根据证明标准的要求以及严格的司法解释、司法实务,这意味着离婚可能会违背无过错方的意志。

20 世纪 60 年代,几个说德语的国家采用混合过错主义。例如,在奥地利,基于"其他严重的与婚姻有关的过错"可以离婚,这采用了一种概括的分类方法(Haller,1977)。同样,在前西德,导致离婚的过错范围不断扩大(Künzel,1977)。在瑞士,法律允许的导致离婚的过错形式各种各样,但并未一一加以规定(Kellerhals、Perrin and Voneche,1977)。在上述三个国家中,离婚多数采用弱过错主义。1960 年,采用这种制度离婚的案件数占到奥地利离婚总数的 90%,瑞士的 70%,西德的 87%。在各国,法律仍然允许通过三年的别居期以后再离婚。但因其较大的时间成本,这种方式很少被采用。而且,即使诉讼请求中含有别居方式,无过错方如果反对,它也将失去效力。

三、离婚制度与相应的离婚率

很明显,20 世纪 60 年代,关于离婚的法律制度的类型与离婚率之间有一定的相关性。大体上,在斯堪的纳维亚国家,由于采用

别居制度，离婚无须双方一致同意，离婚率偏高。其次是实行弱过
215 错制度的德语国家，而实行强过错主义的国家离婚率最低。这种离婚率的差异与法律制度之间的主要区别——夫妻单方提出离婚的难易程度——是相一致的。可以看出，在其他因素相同的情况下，婚姻不幸的一方通过法定程序结束婚姻的难度越小，离婚率就越高。由此可以推定，在实行无过错分居的情形下，离婚率将最高。在实行过错主义的情况下，如果法律将过错范围扩大，同时举证责任减轻，对婚姻不满的无过错方单方起诉离婚的几率将大大增加。

当然，离婚制度与离婚率的对应关系并非用上述简单分类就可以阐明的，而是可以进行经济分析。以斯堪的纳维亚的几个国家为例，1960 年，总离婚率最高的是丹麦，为 0.19，最低的是挪威，为 0.09。事实上，在多数案例中，挪威实行一年（双方同意）或两年（未经双方同意）的法定别居期，而且等待期比丹麦少了六个月，但挪威的离婚率与实行强过错主义的法国持平。

依据科斯定理，可以说在一定的严格条件下，离婚率在理论上与法律制度无关。但这种观点是有争议的。依据科斯定理（Coase，1960），在信息完全对称以及交易无成本的情况下，法律将离婚的诉权赋予任何一方，结果都是相同的（Peters，1986）。只有在离婚是有效率的，即婚姻的价值小于离婚带来的价值时，离婚才会发生。而当离婚是无效率时，即使法律规定可以单方起诉离婚，夫妻双方也多数通过私下在财产等方面达成协议以维持婚姻。当然，科斯定理的运用在这里是个特例（Clark，1999；Allen，1998）。多数情况下，一旦科斯定理的前提条件不能严格符合，推论出来的结果将大相径庭。在一定程度上，法律制度影响夫妻对婚姻的投入，例如，它会影响婚姻的质量及离婚的几率（Rowthorn，1999）。

那些对法律制度与离婚率之间的因果关系持怀疑态度的人，有必要考察其他因素而不是从法律角度思考问题。一个角度就是，各国的离婚法律制度与离婚率都同时受到一些普遍因素的影

响。宗教和妇女的经济地位就是众多普遍因素中的两个。

宗教影响的国家差异

一国的宗教历史无疑会影响其离婚立法的演变。以爱尔兰为 216
例，由于天主教一教独大，直到 1996 年，爱尔兰才在其家庭法中引入离婚制度。在其后举行的全民公决中，同意放宽对离婚限制的一派仅以微弱优势取胜。[2] 事实上，天主教义对离婚所持的否认态度比新教教义更为严厉，这增加了天主教徒离婚的心理成本。它也证明了自身在保持宗教活动参加人数上比欧洲的新教更为成功，尤其和斯堪的纳维亚国家的路德教教堂相比。在路德教教堂中，坚持长期参加宗教活动的人很少(Smith、Sawkins and Seaman，1998)。因此，天主教国家严格的教义带来严格的离婚法和较低的离婚率。根据这一理论，离婚法与离婚率之间的关系并非最为直接，生而有之，宗教信仰对二者都有重要影响。[3] 卡斯尔斯和弗勒德(1991)做了一些关于法定离婚条件放宽的决定性影响的数据分析。他们的研究证实了这样一种观点，20 世纪 60 年代，加入天主教人数的比例影响了其离婚率。但是他们没有证明宗教信仰是否对离婚率及法律变化都有着决定作用。

妇女经济地位的国家差异

离婚法是否严格也取决于离婚对妇女经济上的影响。贝克尔和墨菲(1988)认为，从历史来看，离婚立法是国家介入婚姻，以保

---

〔2〕在爱尔兰，离婚的法定理由是：在连续五年的婚姻中有四年的别居期(Walls，1997)。

〔3〕一般说来，离婚率与离婚法反映了对婚姻破裂的道德评价和社会评价。当道德上的谴责减弱，离婚率上升，法律宽松。尽管存在其他有影响力的因素，道德准则的变化更多取决于宗教的发展趋势。美国现今很强的离婚趋势就是一个例子。

护妇女,防止离婚违背妇女意志,因为对一个国家来说,妇女在家庭中具有重要地位。通常,母亲拥有子女的监护权,保护妇女就是保护尚未独立的子女的利益。因此,离婚法的宽严与否和离婚的经济负担有密切关系。在那些家庭规模较大或社会保障机制相对欠缺或通过法律程序裁定前夫支付扶养费的机制不甚完善或劳动力市场提供给妇女的机会较少的国家,离婚的法定条件相对严格。因为在这些情况下,一旦离婚,离异妇女和其子女经济上极为脆弱,尤其是那些年龄较大的离异妇女情况更为糟糕,因为她们的年龄决定了其再婚的可能性很小。

217 离婚率的差异也反映了对妇女来说,离婚经济成本的差异。若在某一国家,从事带薪工作的妇女所占比例较高,相对来说,她们从传统婚姻中受益较小,伴随着这种妇女经济上的独立性而来的就是高离婚率(Ermisch,1993)。事实上,在许多传统文化中,女性经济上的独立与离婚之间的关系是显而易见的。费希尔(1992)也用一些案例证明了在女性经济自主性较强的国家,离婚率也较高。当离婚对女性在经济上影响不大时,她们往往通过法定程序结束婚姻。

这样看来,离婚率的大小,离婚法的宽严都可以用离婚对妇女及其子女经济成本的大小来解释。假设已婚妇女参加工作比例很高,那么离婚条件会很宽松,进而离婚率较高,瑞典就是这种情况。相反,若已婚妇女极少拥有带薪工作,则离婚条件较为严格,相应的,离婚率较低。意大利的情况就符合这一规律。当然,这种因果关系的方向可能不一定是从劳动力市场到法律,也可能是反方向的。由于离婚的法定标准降低,女性为了规避离婚的高风险会更多地从事劳动(Johnson and Skinner, 1986)。同时,卡斯尔斯(1994)也注意到,已婚妇女是否参加工作一定程度上取决于传统上宗教对家庭生活中两性角色划分的态度,因此,宗教仍是上述种种差异存在的基本原因。

总之,没有精确的正式的测试,很难得出在当今欧洲甚至离婚

革命之前，离婚法对离婚率究竟有何种程度的影响。但是，可以得出二者的变化都与宗教及劳动力市场息息相关。

四、离婚革命

离婚法改革的浪潮发端于 20 世纪 60 年代末，其波及甚广。这场改革以降低离婚法定条件的形式改变了欧洲许多国家的婚姻法。大体情况如下：

斯堪的纳维亚　最极端的改革是 1973 年发生在瑞典的立法改革。新法以简单的单方离婚形式取代了以往的混合过错制度和别居制度。在新的制度下，离婚不要求存在过错、双方同意、法定分居以及较长的事实分居期。只有在离婚起诉被驳回或欲离婚家庭有 16 岁以下未成年儿童时，才不能直接离婚。这种情况下，法律规定双方有 6 个月的重新考虑期，除非双方事实上已经分居至少两年。1987 年，芬兰实施的婚姻法也有类似的改革（Bradley，1998）。[4]

218

德语国家　德语国家的婚姻法改革经历了从弱过错主义到别居制度的转变。1976 年，西德用一年（双方同意）或三年（未经双方同意）的别居期替代了原有的过错主义。[5] 同样，在奥地利，从 1978 年开始，法律允许夫妻双方协议离婚或者在分居六年以后，单方可以提出离婚。至此，以前的过错主义原则几乎弃而不用，到 1992 年，奥地利大约 92% 的离婚采用了 6 个月的别居期这一条款（Simotta，1995）。

---

〔4〕 在丹麦，离婚仍然采用过错主义原则，但多数夫妻双方达成协议，在 6 个月的法定别居期之后离婚或单方在一年的法定别居期之后离婚。挪威在 1993 年初实施新的婚姻法，新法将法定别居期缩短为一年，别居期之后，当事人可以请求离婚。

〔5〕 最近，德国民法典进行了修改，要求法官在行使自由裁量权时，在决定扶养费的支付问题上重新引入过错原则（Krause，1998）。

其他西欧国家 20世纪60年代坚持强过错主义的诸多国家中,荷兰的改革进行得最为彻底。根据1971年新的婚姻法,离婚的法定理由是断言婚姻关系将永久破裂,等待期改为6个月(Vlaardingerbroek,1995)。

法国将双方协商一致的离婚方式写进1975年的离婚改革法。同时,如果在婚姻生活中,发生难以忍受的、使婚姻难以维系的行为时,采用过错主义。法律也允许在6个月的别居期之后,单方起诉离婚,但由于时间过长,这一条款极少被采用,采用这种方式离婚的数量不足总数的1%。比利时的改革力度相对较小。新增的离婚原则于1975年初起生效。根据这一新的原则,夫妻可以在十年的别居期之后离婚;在扶养费问题上,仍要考虑双方的过错。1982年,别居期减少为五年。

英格兰和威尔士1971年实施离婚改革法,在保留原有的通奸、遗弃等法定离婚理由的情况下,引进了别居制度和轻过错制度。随后,制定了一种新的司法程序,不再通过法院调查离婚原因,而是在过错原则下通过行政文件的形式,双方达成协议,以实现快速离婚的目的。

南欧国家 意大利、葡萄牙和西班牙这三个南欧天主教国家分别于1970年、1975年和1981年首次制定离婚法,且都规定了较长时间的别居期。在意大利,法定别居制早已有之,但直到1970年底,法定离婚制才得以建立。意大利离婚法在过错原则基础上规定了五年的别居期(未经双方同意的为六年,起诉方是过错方的为七年)。1975年,过错原则被废除。1987年,法定最低别居
219 期减少到三年。值得注意的是,无论以前的法定别居制还是后来的离婚诉讼制,其经济成本和时间成本都相当高,因为法律要求两个独立的法院同时出庭参加诉讼。因此,许多当事人选择法定别居,而且这样能够保证自身享有包括继承权在内的很多配偶权。

五、婚姻革命与离婚爆炸

伴随离婚革命而来的是各国离婚率的急剧攀升。赫斯基(1992)和其他评论家也认为二者之间有着直接的因果关系。表12.1中的数据也在一定程度上证实了这种观点。瑞典和荷兰在1970年到1975年这五年之间,离婚率增长了一倍,而同时期,这两国的离婚法改革力度最大。英格兰和威尔士在离婚革命之后,离婚率也有大幅度增长。当然,情况并非完全如此。以德国为例,尽管在1976年离婚法改革中,德国以别居制代替过错原则,但1975年与1980年相比,德国的离婚率保持稳定。

20世纪90年代各国之间的对比情况与20世纪60年代大体一致。在斯堪的纳维亚国家,在很短的别居期之后或者无须别居期就可以离婚,因此,总离婚率高达40%到50%。英格兰和威尔士紧随其后,这也反映了它所实行的在轻过错基础上的通过行政方式实现的快速离婚方式。其他西欧国家1995年的离婚率在32%到38%之间。有意思的是,尽管法国和比利时的离婚法仍然要求当事人在法庭上举证证明另一方存在过错,但这两国1990年的离婚率并不比荷兰、前西德这些实行无过错原则的国家的离婚率低。而这一时期,南欧国家的离婚率相对较低。

古德(1993)等学者对法律变化的作用持怀疑态度。瑞士就是一个例证。在其他国家如火如荼地进行改革的时候,瑞士仍然保留其过错原则,但其离婚率随着其他国家的改革不断攀升(Graham-Siegenthaler,1995)。

但无可否认的是,法律对离婚时间的选择会有一定影响。感情早已破裂的婚姻,一旦在法律上为其提供终结的合法性和便利条件,它便找到了出路。进而,离婚率会有一个暂时的明显的攀升。以比利时为例,其离婚案件数量由1994年的22,206件增加

到1995年的34,995件,尽管1997年降到26,800件。其立法放宽和简化了离婚的法定理由,由原来的要求双方合意改为两年的
220 别居期。这种立法变化的直观影响就是上述离婚案件数量的急剧增加。

更关键的问题是,立法的变化对离婚数量或再进一步来说,对实际婚姻破裂的几率,是否有长期的影响。对欧洲连续几年的离婚数字进行计量经济学上的研究工作进行的较少。范·泼派尔和德比尔(1993)对荷兰进行研究,史密斯(1997)对英国进行研究,他们都试图找出法律对离婚具有长期影响的证据。但正如罗松(1999)所强调的,用统计学的方法研究婚姻法对婚姻破裂的长期的广泛的影响这一问题本身就很困难。

在美国,这方面的研究进行得比欧洲更为广泛深入,很多研究结果也一定程度上证实了法律改革的影响。但格雷(1998)经过研究认为,美国的离婚程序由过错或双方合意改为单方可以起诉离婚,这种法律上的变化对美国离婚率并没有影响。与之相反,弗里德伯格(1998)则通过数据表明这种影响是存在的,尽管不是十分显著。她估计,法律改革使1968年到1988年间美国离婚率增长了17%。这个数字很大,但似乎没有其他非法律因素可以解释这一变化。

当然,作用并不是单方面的。离婚率的变化本身对法律也有刺激和推动作用。最明显的是在英格兰和威尔士,离婚改革法于1971年实施,而这之前十年间,其离婚率增加了一倍。彼得斯(1992)和弗里德伯格(1998)也发现,在美国,随着离婚率的变化,人们对新制定的离婚法是否会规定单方离婚制或法定离婚理由的宽严都有一个合理的预测。离婚行为的变化可以通过多种渠道作用于法律改革。

首先,在原有制度下,法律要求对离婚理由进行严格的法庭调查,存在过错时,才可以判决离婚。而快速增长的离婚率对这一程序的履行无疑是重大的负担。因此,这种司法程序受阻、案件堆积

成山的现状自然要求法律从实体上和程序上进行相应的改革。

其次，国家通常会通过法律援助计划为低收入人群的离婚案件提供经济支持，因而离婚案的增加加重了公众的经济负担。所以，政府极力想把行政手段引入离婚程序，以节省司法时间，减少司法援助。例如，在法国，在离婚案中减少司法介入，代之以行政程序的提议正被纳入日程。 221

再次，离婚数量的增加反映了女性经济上不断独立，宗教对婚姻的影响逐渐减弱，这样，离婚法放宽限制提高了社会生活的效率，在政治上也是可行的。艾伦(1998)指出，在加拿大，20 世纪 50 年代到 60 年代，女性以前所未有的数量和规模参加到工作中，这相对降低了她们在婚姻中的收益，增加了婚姻的成本，使婚姻在经济上变得无效率。但在当时以过错为原则的法律面前，要想通过法律程序离婚，必须证明对方有严重不当行为。因而那些双方没有不当行为的夫妻无法摆脱婚姻的羁绊，除非作伪证。这种现实情况必然要求法律的修改。如果，过错原则下无效率的婚姻的社会成本大于自由制度下离婚的社会成本，那么，修改法律条款将使社会损失最小化。

不管是不是法律制度作用的有限，公共财力的紧缺或无效率婚姻数量的增加促成法律的修改，但这些问题的的确确由快速增长的离婚率引起。换言之，法律修改的作用在于调整经济和社会的发展，而不是引起这种发展。这一时期，各国普遍发生的、适应现实要求的法律修改的趋势是简化离婚程序。这种趋势是一种普遍的、有力的势力在推动，它也导致了那种严格的离婚程序不再有市场。尽管在形式上，严格程序可能仍然存在，但它过去是否真的维系了人们的婚姻值得怀疑。正如阿吉尔(1992)所说，严格的法定离婚理由并不是阻止婚姻破裂的有效手段。离婚的长期趋势反映了社会、经济因素，而离婚法的宽严对实际的婚姻破裂与否的作用并不大。

六、离婚的经济结果

不管离婚数量不断增加的原因何在，其对离异家庭，尤其对单身母亲在生活水平上的影响已经引起了社会政策制定者的高度重视(OECD,1990)。欧洲各国可以为尚未再婚的离异母亲及其子女提供的各种资源主要有婚姻财产协议，子女抚养费，就业机会或者社会福利条款。尽管这里没有足够的数据对各国的情况进行系统的比较，但大体上，仍然可以看出一些差异。

财产分割规则

在欧洲各国，由于扶养费的作用，可分割财产的法律定义和范

围界定以及进行财产分割原则的差异，离婚财产协议也有所区别。同时，在具体运用法定规则或司法的自由裁量权或衡平法中的相对较大利益原则问题上，各国也有所不同。

在多数普通法国家，例如英格兰和威尔士，如果夫妻未能私下就婚姻财产分割达成协议，法官会运用自由裁量权对其进行合理分割。司法实践中，“实际需要原则”是财产分割的决定性标准。[6] 与之不同的是，欧洲许多国家的民法典规定了夫妻共同财产的平均分配制度，因为尽管夫妻双方对共同财产的贡献不同，

---

〔6〕 2000 年 10 月，英国上议院对 White v. White 财产分割的判决有里程碑意义，它改变了原有的原则。尤其对高收入家庭中夫妻对家庭收入贡献差异极大的案件，这一判决有重要意义。以前，如果丈夫是家庭收入的主要来源，离婚后，他将分到夫妻共同财产的绝大多数，而前妻只能分到可以维系其生活的必要财产。现在，法律将平均分割作为一项基本原则，从而使离婚本身建立在公平的基础之上。在 Cowan v. Cowan 中，上诉法院将 62% 的财产，即 1200 万英磅判给丈夫，这种表面上的不公平实质上肯定了其创业、发明及辛苦的工作对家庭所作的贡献。

但婚姻本身就是一种平等的合伙关系。在对夫妻共同财产范围的界定上,各国也有差异。北欧国家实行延迟界定婚姻财产制,即在婚姻关系存续期间,夫妻各自管理和控制自己的财产,而当婚姻解体时,将夫妻财产合并,界定为夫妻共同财产。而德国实行婚后增加财产制(Rheinstein and Glendon,1980)。这意味着在婚姻关系存续期间,夫妻中财产增加较少的一方在离婚时有权得到双方财产增加值差额的一半。值得注意的是,早在 1977 年,德国就在定义夫妻共同财产时,将养老金计算在内(Voegeli and Willenbacher,1992)。

这种固定分割方法的结果的公正性受到了质疑。因为平均分割的方法未考虑到当事人将来的需要。比起自由裁量的分割制度,它可能对拥有监护权的一方或年龄较大的家庭主妇造成实质上的不公平。另一个潜在的不公平是"为了金钱而离婚"。经过短暂的婚姻,一方通过离婚、分割共同财产就可以得到另一方财产的大多数。[7]

法国实行法定分割制与自由裁量制相结合的制度。对婚姻关系存续期间所得财产进行平均分割,但是,如果一方在离婚后对共同财产有特殊需要,尤其是当妻子与子女经济上处于困境时,法官 223
可能裁决丈夫一次性或定期向其支付扶养费(Boigeol、Commaille and Roussel,1977)。但是,在许多国家,扶养费对经济上处于弱势的妇女的作用是有限的。问题的关键还在于女性摆脱依赖性,实现自立、自足。即使在法国,支付扶养费也不再是必须的、一概的做法。而且,扶养费的数目常常很小,尤其当丈夫收入较低时。[8]这对那些长期留守家中,很难找到工作,离婚后分得财产较少,而

---

〔7〕 1987 年,瑞士婚姻法试图通过引入自由裁量制解决这一问题。如果形式上的平均分割在实体上是不合理或不公平的,法律允许一方分得过半财产(Bradley,1990)。

〔8〕 见 Bastard and Cardia Voneche (1992)对法国离婚案例解析。

且年龄又比较大的家庭主妇来说,的确是个问题。

像婚姻财产协议一样,由于夫妻之间的协议,司法自由裁量权以及固定支付制度在各国法律中的地位各不相同,所以,子女抚养制度也不尽相同。经验表明,通过自由裁量裁定的抚养费实际支付数目容易偏低,因为裁判者往往会低估抚养子女的实际花费或者在执行中另一方不能按期支付,执行不力。这增加了政府的经济负担,因而,一些国家,包括比利时、丹麦、法国、德国、英国,建立一种儿童扶养代理机构,通过该机构保证其父亲支付抚养费。在这方面,最好的方法是建立一种有效的制度,一旦父亲不按照裁决支付抚养费,系统从其工资中自动扣除。例如,在瑞典,若发生不支付抚养费现象,国家首先代为支付,然后再从当事人处收缴(Glendon,1987)。

劳动市场的局限与机遇

一般说来,劳动力市场是受雇佣者的主要收入来源。对母亲来说,尤其是离异的母亲,各国女性工资水平的差异将决定她们同时照顾家庭和参加工作的几率的大小。在欧洲各国,母亲参加工作的比例差异很大。根据 1988 年的数字,那些最小的孩子的年龄在 7 岁到 15 岁之间的母亲参加工作的比例分别为:意大利,44%;荷兰,41%;比利时,53%;联邦德国,50%;法国,67%;英国,70%;丹麦,85%;瑞典,88%(Joshi and Davies,1992)。

法律上对女性待产和产后离岗期间工资支付的规定以及公共日间托儿设施的状况是造成各国妇女就业情况差异的主要因素。[9] 以瑞典为例,一位母亲如果在家照顾孩子,照顾一个孩子

〔9〕 当然,其他因素也会影响职位数量和女性就业能力。在欧洲各国,那些没有子女的女性的就业情况也千差万别。在瑞典和意大利这样的国家,大型公共机构为女性提供大量就业机会。而在英国和荷兰,服务行业中低收入的兼职岗位满足了妇女照顾子女和谋生的双重需要。

会有 450 元的救济金，但职场工作收入仅是其 90%，即 360 元，所以，瑞典参加工作的女性人数不断减少（Meisaari-Polsa，1977）。同时，对那些不想长期离岗的女性而言，有 7300 多处公共全日托儿中心可供利用。

同时，对那些家有学龄儿童的母亲来说，瑞典以建立全日制托儿中心，课后托儿中心或提供保姆等方式对女性进行补贴。除此之外，对那些每年花费 60 天在家照顾一个 12 岁以下孩子的妇女或离岗照顾生病子女的妇女，政府给予现金补贴。因而，在瑞典，未成年儿童的问题对女性参加工作的人数影响不大。尽管这可能导致高离婚率，但其使得离婚带来的经济问题并不严重。事实上，离婚在瑞典已经不被看成一项严重的社会负担（Bradley，1998），只是它可能对婚姻失败者的心理造成一定的负面影响。

与之相反，如果一个国家提供给女性的就业机会较少，公共托儿设施数量有限，可能其离婚率会降低，但离婚潜在的经济后果将十分严重。例如，与其他欧洲国家相比，意大利的离婚和分居现象相对较少，但其对离异父母的经济打击极为严重，因为他们很难找到托儿机构，以解除其参加工作的后顾之忧（Chesnais，1996）。

在英国，贾维斯和詹金斯（1999）最近所从事的纵向的研究也证实了，婚姻破裂使妇女和儿童的经济状况急剧恶化，而对男性的影响较小。[10] 尤其是离异或分居期的母亲，她们在相当程度上依靠社会福利生活，只能得到少量扶养费，而且很少能够参加工作。事实上，即使她们参加工作，收入也不高，因为一旦参加工作，她们就不能享有抚养子女的救济金，而只能自己负担这些费用。

联邦德国的离婚率在整个欧洲来说，是比较低的。但离婚对女性经济上的打击不亚于美国这个离婚大国（Burkhauser et al.，

---

〔10〕 因为这项研究主要是关于离婚对双方收入的影响，配偶间资金的流转只有在引起一方或双方收入增加时才被计算在内。事实上，如果对夫妻财产进行严格的计算，婚姻破裂时，对女性经济上的负面影响相对于对男性的影响来说要小。

1990)。这并不奇怪,因为在传统上,德国历来都是男人挣钱养家
糊口。而且,幼儿园,这种主要的公共托儿机构,只在早晨对三岁
225 以下学前儿童开放(Federkeil,1997)。德国学校每天开放时间只有 4—5 个小时,这限制了妇女参加兼职工作。尤其当学校中午就放学,而社会又缺少课后托儿中心的时候,妇女更无暇参加工作。

而法国则不同,它有一个完善的儿童托管机制,为家庭提供日间托儿所和抚养津贴。几乎所有 3—6 岁的儿童都进入托儿所,接受课前和课后的照顾。法国学校的开放时间则是每天 8 小时,这使得学龄儿童的母亲可以参加工作,因而,法国这些女性多数加入到劳动力市场(Muller-Escoda and Vogt,1997)。

评价

当离婚导致妇女和儿童经济状况的急剧恶化时,高离婚率的确是一个重大的社会问题,英国即是如此。与之不同的是,有些国家提供较多的就业机会,制定有利的政策,这在一定程度上减轻了离婚在经济上的不利后果,因而,离婚率随之上升。在瑞典,贫困的单亲家庭极少,只有 5% 的儿童生活在收入低于社会平均水平的单亲家庭中。而英国和德国的这项数字分别为 20% 和 30%(Chesnais,1996)。

尽管在许多国家,离婚为单身父母带来了长期经济成本,但重要却被忽视的一点是,不断增加的离婚数量主要是妇女希望从不幸的婚姻中逃脱出来。应该承认,在 20 世纪 70 年代的改革之后,协议离婚和分居导致的离婚不断增加,但这种现象很难在卷宗中体现出来。可以明确指出的是,德国由妇女主动提出离婚的比例由 1950 年的 52% 增加到 1972 年的 71%(Künzel,1977)。英格兰和威尔士则由 1959 年的 55% 增加到 1976 年的 69%。古德(1993)怀疑这种主动起诉中的性别差异是否真正体现了夫妻双方

对婚姻的满意与否。但这种趋势确实表明女性离婚的收益越来越大。尽管离婚在经济上的影响是负面的，但女性的确可以因为摆脱不幸婚姻的羁绊而感到幸福，从此，去追求更美好的生活。但对未成年儿童来说，可能不能像这样一概而论。

七、结论

在欧洲各国，离婚率和法律的变化有着显著的差异。尽管法律的确反映并调整着人们的行为方式，但很难就此下结论说，20 226
世纪 60 年代欧洲各国离婚立法的变化导致了离婚率的攀升。事实上，法律和离婚率的变化都由宗教以及妇女、儿童在夫妻婚姻破裂后可能的经济状况决定。经验主义的研究正试图用数据来证明这一观点。

离婚立法的发展趋势是逐渐建立无过错制度和别居制。但如果法律严格规定实行过错制度或者公共财力不足，这种制度的建立将受到阻碍。美国的一些州实行契约婚姻制。而欧洲并不是以严格的法律来限制离婚，而是尽量采取措施，使离婚的社会成本和经济成本最小化。例如，一些国家的家庭政策主要涉及将抚养子女的义务从父亲身上转移，婚姻财产分割，育儿津贴等方面。而这种防止妇女和儿童因夫妻离异而遭受不利影响的措施反而导致了高离婚率。因为离婚成本的降低增加了离婚发生的可能性。问题的关键是如何在保护婚姻制度和减少离婚的负面影响之间寻求一 227
种协调和平衡。

参考文献

Agell, A. (1992), "Grounds and Procedures Reviewed", in L. J. Weitzman, and M., Maclean, (eds.), *Economic Consequences of Divorce: The In-*

ternational Perspective, Oxford: Clarendon Press.

Allen, D. W. (1998), "No-fault Divorce in Canada: Its Cause and Effect", *Journal of Economic Behavior and Organization*, 37,129—149.

Bastard, B. and Cardia Voneche, L. (1992), "Attitudes to Finance after Divorce in France", in L. J. Weitzman, and M. Maclean (eds.), *Economic Consequences of Divorce: The International Perspective*, Oxford: Clarendon Press.

Becker, G. S. and K. M. Murphy (1988), "The Family and the State", *Journal of Law and Economics*, 31,1—18.

Boigeol, A., J. Commaille, and L. Roussel (1977), "France", in R. Chester (ed.), *Divorce in Europe*, Leiden: Netherlands Interuniversity Demographic Institute, Martinus Nijhoff Social Sciences Division.

Bradley, D. (1990), "Marriage, Family Property and Inheritance in Swedish Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 39,370—395.

(1998) "Politics, Culture and Family Law in Finland: Comparative Approaches to the Institution of Marriage", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 12,288—306.

Burkhauser, R. V., G. J. Duncan, R. Hauser, and R. Bemtsen (1990), "Economic Burdens of Marital Disruptions: a Comparison of the United States and the Federal Republic of Germany", *Review of Income and Wealth*, 36, 319—333.

Castles, F. G. (1994), "On Religion and Public Policy: Does Catholicism Make a Difference?" *European Journal of Political Research*, 25,19—40.

Castles, F. G. and M. Flood (1991), "Divorce, the Law and Social Context: Families of Nations and the Legal Dissolution of Marriage", *Acta Sociologica*, 34, 279—297.

Ceschini, R. (1995), "International Marriage and Divorce Regulations and Recognition in Italy", *Family Law Quarterly*, 29,567—575.

Chesnais, J.-C. (1996), "Fertility, Family, and Social Policy in Contemporary Western Europe", *Population and Development Review*, 22,729—739.

Chester, R. (ed.) (1977), *Divorce in Europe*, Leiden: Netherlands Inteiuniversity Demographic Institute, Martinus Nijhoff Social Sciences Division.

Clark, S. (1999), "Law, Property and Marital Dissolution", *Economic Journal*, 109, C41—54.

Coase, R. (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, 3,1—44.

Commaille, J., et al. (1983), "Le Divorce en Europe Occidentale: La Loi et le nombre", GIRD (International), CETEL (Geneve), INED (Paris).

Council of Europe (1998), *Recent Demographic Developments in Europe 1998*, Strasbourg: Council of Europe.

Ermisch, J. (1993), "Familia Oeconomica: A Survey of the Economics of the Family", *Scottish Journal of Political Economy*, 40,353—374.

Federkeil, G. (1997), "The Federal Republic of Germany: Polarization of the Family Structure", in F.-X. Kanfmann, A. Kuijsten, H.-J. Schulze, and K.P. Strohmeier, (eds.), *Family Life and Family Policies in Europe*: Volume 1, Oxford: Clarendon Press.

Fisher, H. E. (1992), *Anatomy of Love*, New York: W. W. Norton.

Friedberg, L. (1998), "Did Unilateral Divorce Raise Divorce Rates? Evidence from Panel Data", *American Economic Review*, 88,608—627.

Glendon, M. A. (1987), *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

(1989) *The Transformation of Family Law*, Chicago: University of Chicago Press. Goode, W. J. (1993), *World Changes in Divorce Patterns*, New Haven, CT: Yale University Press.

Graham -Siegenthaler, B. (1995), "International Marriage and Divorce Regulation and Recognition in Switzerland", *Family Law Quarterly*, 29,685—700.

Gray, J.S. (1998), "Divorce -Law Changes, Household Bargaining, and Married Women's Labor Supply", *American Economic Review*, 88,628—642.

Haller, M. (1977), "Austria", in R. Chester (ed.), *Divorce in Europe*, Leiden: Netherlands Interuniversity Demographic Institute, Martinus Nijhoff Social Sciences Division.

Haskey, J. (1992), "Patterns of Marriage, Divorce, and Cohabitation in the Different Countries of Europe", *Population Trends*, 69,27—36.

Jarvis, S. and S.P. Jenkins (1999), "Marital Splits and Income Changes: Evi-

dence from the British Household Panel Survey", *Population Studies*, 53,237—254.

Johnson, W.R. and J. Skinner (1986), "Labor Supply and Marital Separation", *American Economic Review*, 76,455—469.

Joshi, H. and H. Davies (1992), "Day Care in Europe and Mothers' Forgone Earnings", *International Labor Review*, 132,561—579.

Kaufmann, F.-X., A. Kuijsten, H.-J. Schulze, and K. P. Strohmeier (eds.) (1997), *Family Life and Family Policies in Europe*, Volume 1, Oxford: Clarendon Press.

Kellerhals, J., J.F. Perrin, and L. Voneche (1977), "Switzerland", in R. Chester (ed.), *Divorce in Europe*, Leiden: Netherlands Interuniversity Demographic Institute, Martinus Nijhoff Social Sciences Division.

Kooy, G. (1977), "The Netherlands", in R. Chester (ed.), *Divorce in Europe*, Leiden: Netherlands Interuniversity Demographic Institute, Martinus Nijhoff Social Sciences Division.

Krause, H. D. (1998), "On the Danger of Allowing Marital Fault to Remerge in the Guise of Torts", *Notre Dame Law Review*, 73,1355—1368.

Künzel, R. (1977), "The Federal Republic of Germany", in R. Chester (ed.), *Divorce in Europe*, Leiden: Netherlands Interuniversity Demographic Institute, Martinus Nijhoff Social Sciences Division.

Meisaari-Polsa, T. (1997), "Sweden: a Case of Solidarity and Equality", in F.-X. Kaufmann, A. Kuijsten, H.-J. Schulze, and K. P. Strohmeier (eds.), *Family Life and Family Policies in Europe*, Volume 1, Oxford: Clarendon Press.

Muller-Escoda, B. and U. Vogt (1997), "France: the Institutionalization of Plurality", in F.-X. Kaufmann, A. Kuijsten, H.-J. Schulze, and K. P. Strohmeier (eds.), *Family Life and Family Policies in Europe*, Volume 1, Oxford: Clarendon Press.

OECD (1990), *Lone Parent Families: the Economic Challenge*, Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.

Peters, H. E. (1986), "Marriage and Divorce: Informational Constraints and Private Contracting", *American Economic Review*, 76,437—454.

(1992)"Marriage and Divorce: Reply", *American Economic Review*, 82,

686—93.

Phillips, R. (1988), *Putting Asunder: A History of Divorce in Western Society*, Cambridge: Cambridge University Press.

Poppel, F. van and J. de Beer (1993), "Measuring the Effect of Changing Legislation on the Frequency of Divorce: The Netherlands, 1830—1990", *Demography*, 30, 425—441.

Rheinstein, M. and M.A. Glendon (1980), "Interspousal Relations", International Encyclopedia of Comparative Law, IV: *Persons and Family*, Tübingen: J.C.B. Mohr.

Rowthorn, R.E. (1999), "Marriage and Trust: Some Lessons from Economics", *Cambridge Journal of Economics*, 23,661—691.

Simotta, D.-A. (1995), "Marriage and Divorce Regulation and Recognition in Austria", *Family Law Quarterly*, 29,525—540.

Smith, I. (1997), "Explaining the Growth of Divorce in Great Britain", *Scottish Journal of Political Economy*, 44,519—544.

Smith, I., J.W. Sawkins, and P.T Seaman (1998), "The Economics of Religious Partici-pation: A Cross-country Study", *Kyklos*, 51, 25—43.

Trost, J. (1977), "Sweden", in R. Chester (ed.), *Divorce in Europe*, Leiden: Netherlands Interuniversity Demographic Institute, Martinus Nijhoff Social Sciences Division.

Vlaardingerbroek, P. (1995), "Marriage, Divorce, and Living Arrangements in the Netherlands", *Family Law Quarterly*, 29,635—644.

Voegeli, W. and B. Willenbacher (1992), "Property Division and Pension-Splitting in the FRG", in L.J. Weitzman, and M. Maclean, (eds.), *Economic Consequences of Divorce: The International Perspective*, Oxford: Clarendon Press.

Walls, M. (1997), "Ireland Gets Divorce", *Family Law*, *April*, 271—273.

Weiss, Y. and R.J. Willis (1993), "Transfers among Divorced Couples: Evidence and Interpretation", *Journal of Labor Economics*, 11,629—679.

Weitzman, L.J. and M. Maclean (eds.) (1992), *Economic Consequences of Divorce: The International Perspective*, Oxford: Clarendon Press.

索　　引

adoption　收养　152

adultery　通奸　6,70—5,85—8,144—5

detected/undetected　被发现的/未被发现的　72

penalties for　对通奸的惩罚　75,88—9

adultery law　通奸法　5,70,73,81

enforcement/non-enforcement　强制/非强制　79,89

age　年龄　20,23—4

at marriage　结婚时的年龄　8,180, 191,205—7

alienability　可让与性　78—9

alienation of affections　离间夫妻感情　83—4

alimony　扶养费　134, 162, 195,197,224

arranged marriages　安排的婚姻　160—1

bargaining　交易　8, 107—9, 126—7,157,161—2

over divorce　离婚时的交易　164

within marriage　婚姻中的交易　165—6

Becker's common preference model　贝克尔普遍偏好模型　161—2,167

Becker's efficient marriage market hypothesis　贝克尔有效婚姻市场假设　158

Becker's model of the family　贝克尔的家庭模型　120—1, 132, 157—8,171—2

behavior 行为

impact of law on　法律对行为的影响　3,30,45,125—6,134,191

patterns of　行为模式　9, 226

in relationships　婚姻中的行为　2,11,25,38,68

behavioral expectations　行为期待　39,50,144—5,147,153

behavioral norms　行为准则　43

breach of promise　违约　159

breach without divorce　违约却

未离婚 31
bride,price 聘礼 17,27
child support 子女抚养 7,46,49,140,224—6
children 子女 12,28,57—9
custody of 子女监护权 192—3
as hostages 子女作为抵押物 27,121
impact of divorce on 离婚对子女的影响 46,49,65,93—4,97—100
as private/public goods 作为私人/公共物品 165,195,201—2
protection of 的保护 64,112,126,217
as specific assets 作为专有资产 15,19
choice 选择 12,191
civil damages 民事赔偿 82,89
civil unions 民事结合 152
Coase Theorem 科斯定理 26,164,216
Coasean bargain 科斯交易 25,164—6
Coasean invariance 科斯常量 167
cognitive error 认识错误 53
cohabitation 同居 7,85,97,118—22,129—30,145—8,197
optimal 最佳的同居 122—4
commitment 承诺 35—6,48
binding 有约束力的承诺 36,38,40—1,44—5,53,102
enforceable 可强制执行的承诺 37,54
enforcement of 承诺的强制执行 44,49
long-term 长期的承诺 59,63,67
mutual 共同的承诺 44,58
non-binding 无约束力的承诺 36
commitment contracts 承诺契约 47
commitment norms 承诺规则 38,43,45—6,54
commitment terms 承诺条款 51—3
common law 普通法 191,208
English 英国普通法 82,223
consumption,cost of 消费,成本 18
contract 契约
breach of 违反违约 16,25—6,30,62,76,121
enforcement 契约的强制执行 11,45—6,196
long-term 长期契约 10,13—14,16—18,33
postmarital 婚后契约 66 191
premarital 婚前契约 4,29,

47,66,84,89,129
spirit of 契约精神 11
contract law 契约法 2,62
contract theory 契约理论 37
contractual guaranty 契约担保 15—6,139
costs/benefits 成本/收益 25,59—60,65—6,71,74
counseling 咨询
pre-divorce 离婚前的咨询 4,6,50
premarital 婚前咨询 4,6,48,50,104—7,112
covenant marriage 契约婚姻 4, 5, 9, 37,40,48,53,94—5,102—4,106,144
law 契约婚姻法 4,6,35,44 92,104—108,111
Cox Proportional Hazards regression 考克斯比例风险回归分析 178
criminal conversation 触犯刑法的通奸 83—4
criminal penalties 刑事处罚 5,70,78,85,88

damages 损害赔偿
civil 民事损害赔偿 76—7,82
compensatory 补偿性损害赔偿 75—6
liquidated 已清算的损害赔偿 75
mitigation of 减少损害赔偿 16,18
payment of 支付损害赔偿 11,30
pecuniary/nonpecuniary 金钱的/非金钱的损害赔偿 105
declaration of intent 对决心的宣告 106,112
demographic changes 人口统计学上的变化 125
divorce 离婚
cost of 离婚成本 67,218
economic analysis of 离婚的经济分析 164
efficient/inefficient 有效率的/无效率的离婚 193—6,201,216
fault-based 以过错为基础的离婚 4,49,57 60—1,63—4,66,68,103,110,164,192
impact on society 离婚的社会影响 112,222,227
judge-determined 由法官决定的离婚 30,32—3
limited grounds 限制理由的离婚 104—5
mutual consent 合意离婚 5,30,57,60,63—7,164
no-fault 无过错离婚 6—9,36,43,57,60—4,66—7,92—3,103,108,164,192—3,202
unilateral 单方离婚 5,30,

44,60,108,164
divorce grounds 离婚理由
adultery 通奸 60—1
cruelty 虐待 60—1
desertion 遗弃 5,60—1
incompatibility 性格不合 60
irretrievable breakdown 婚姻无可挽回的破裂 44
permanent disruption 关系永久破裂 219
portmanteau 混合过错 215
separation 分居 44,214
strong fault 强过错 214—5
unreasonable behavior 不合理的行为 219
weak fault 弱过错 215
divorce law 离婚法 8,35
in Canada 加拿大离婚法 192,202—3,209,222
economic effects of 离婚法的经济影响 191
in Europe 欧洲离婚法 212—27
reform 离婚法改革 3,43—4,134,222
divorce rates 离婚率 8,119,134,143—4,146,191—2,196—200,204,214—6
in Europe 欧洲离婚率 212—27
Friedberg's study on 弗里德伯格对离婚率的研究 200—2,221
impact of law on 法律对离婚率的影响 194,199—200,208,215—16,220—1
time-series analysis of 对连续时间内离婚率的分析 199
trends 离婚趋势 221,226

divorce settlements 离婚协议 222—3,227
privately negotiated 私下交易达成的离婚协议 192—3
reliance/restitution approaches 信赖保护/补偿方法 127—8

earnings 收入 186,200
econometrics 计量经济学 167,192,198—9,203,221
education 教育 21,200
employment 雇佣 21
externalities, see spillovers 外部性,见外溢效应
fairness 公平 177—9,183—8
family law reforms 家庭法改革 3—4,43,53
family property trusts 家庭财产信托 49
fault 过错 6,50
game theory 博弈理论 158,162—3,167
gender norms 性别规则 43,54

homosexuality 同性恋 145, 149—53
in Denmark 丹麦的同性恋 150—1
impact on children 同性恋对子女的影响 150
in the Netherlands 荷兰的同性恋 152
promiscuity in 同性恋中的滥交行为 151—2
hostage taking 持有抵押物 27
household/paid labor 家务/付薪劳动 175—80,183—7

illegitimacy 违法 96—7
incentives 动机 48, 60, 67, 127—9
interim allowance 临时补贴 111
investment 投资
cost of 投资成本 17—8
hostage 投资抵押 16—7
marital 对婚姻的投资 5, 6,10,12,17,28, 71—3
relational 对双方关系的投资 42
specific-asset 专有资产 13—6,19,28,30

joint-maximization model 共同收益最大化模型 162

Kaldor-Hicks efficiency 卡尔多-希克斯有效率 161,165,167
labor force participation rate (LFPR) 劳动力市场参与率 191—2, 203—5,218,225

liability rule 责任规则 32—3
love 爱情 11—12,58,188
loyalty 忠诚 42

marital disruption 婚姻破裂 175,178—80,183,187
marital dissolution 婚姻解体 2,9,120,180,185,187
marital failure 婚姻失败 37—8,64,213,222
marital fraud 婚姻欺诈 159
marital stability 婚姻稳定性 38,40
marriage and divorce 结婚与离婚
incentive structure of, see incentives 结婚与离婚的动机构成
marriage 婚姻
common law 普通法上的婚姻 118,122—3
as consumption activity 作为消费行为的婚姻 21,28
as contract 作为契约的婚姻 10,12,41,119—20,132—4

indissoluble 不可解除的婚姻 30,32,94
as insurance 作为保险的婚姻 16,122
as investment activity 作为投资的婚姻 21
as partnership 作为合伙的婚姻 172
as signal 作为信号的婚姻 36,39,44,122,132,135—54
as status 作为身份关系的婚姻 10,39,83,119
marriage law 婚姻法 141,191
American 美国婚姻法 93
reform 改革的婚姻法 142
traditional 传统婚姻法 42—3,53—4,143,171
marriage market 婚姻市场 19—22
Model Penal Code 示范刑法典 79—80
monitoring 监视 6,71—3,76,78
moral hazard 道德风险 159
morality 道德 109—10,134

Nash equilibrium 纳什均衡 163
National Survey of Families and Households 全国家庭和家户调查 174

obligations 责任
breach of 违约责任 109
child/spousal support 子女/配偶扶养责任 7,46,50,62,121,124,126
contractual 契约责任 25,42,105
interpersonal 互相之间的责任 2,44
quasi-contractual 准契约的 2,10
spousal support 配偶的扶养 46,109,160,214
opportunism 机会主义 3,119,121

Pareto optimality 帕累托最优 74,157—9,161—3
partnership law 合伙法 77—8
pensions 养老金 223
pooling 聚集 45
post contractual opportunism 后契约机会主义 26
precommitment theory 预先承诺理论 40—1,44
preferences 偏好 40
prenuptial/postnuptial agreement, see contract, premarital/postmarital 婚前/婚后协议,见契约,婚前/婚后契约
property rule 财产规则 32—3,191,195—6

psychology literature 心理学著作 188
quasi-rents 准租金 17,25—8,197
destruction of 对准租金的破坏 31—3

registered domestic partnership 登记家庭伴侣 152—3
religion 宗教 9,12,26,74,103,106—7,200,216—8
remarriage 再婚 18,20,121,217
revealed preference 表现出的偏好 72
same-sex marriage, see homosexuality 同性婚姻,见同性恋
search activities 寻找行为
consumption 寻找行为的消费 18
incentives 寻找行为的动机 32
investment 寻找行为的投资 18
self-help 自助 5,70,80—1,86—9
services, provision of 服务,条款 13
signaling 发送信号 18—9
cost of 发送信号的成本 137—9
economic theory of 发送信号的经济理论 7,135—7
single-parent families 单亲家庭 95—6
social norms 社会规则 134
specializing 分工 58—9,133,163,172,186
spillovers 外溢效应 12,73,77—8,81,89,124,142
spirit 精神 10,26,31
stepfamilies 继家庭 146

tax and benefits Systems 税收和福利体系 148,165
tax penalties 税收惩罚 160
tort law 侵权法 70,82,88—9,93
tortious interference with contract 对契约侵权性质的干涉 76
transactions costs 交易成本 18—9,25—6,70,80,194—7

Uniform Premarital Agreement Act 统一婚前契约 47
unmarriageable, the 不能结婚的 21

value 价值 20—1,28
loss of 价值丧失 19,22,24

waiting period, mandatory 等待期,法定的等待期 4,40,49—52,104,109—10,134,200

wealth effects　财富效应　25,74,223
welfare　福利　6,29,65,71—2,225
of children　子女福利　52
women, economic status of　女性的经济地位　217—18,227
World War Ⅱ　二战　61,172,204

译后记

本人自读硕士研究生时就对经济分析法学派非常感兴趣，这源于本人在本科期间学习了西方经济学的基本课程，并对经济学家分析问题的思路非常喜爱。当时本人立志学习经济分析法学派对法学问题分析的方法。攻读博士学位期间我又看了些经济学经典著作，无奈国内介绍经济分析法学派成果的书籍非常有限，因此，对经济分析方法只能做到低层次的运用。我很幸运，法律出版社找到了我，让我试译本书中的一些章节，拿到此书真可谓欣喜若狂，一口气读了几篇，即被作者们精湛的分析所折服。不过，我也感觉很为难，即便我可以理解作者们的基本思想，但如果要用文字表达出来，把其中经济分析的意蕴传递给读者，我能否做到？后来，到底是对经济分析的酷爱占了上风，使我鼓起了勇气试着翻译了其中一篇。还好，出版社同意由我来担当本书的译者，激动心情可想而知了。经过一年多的艰苦工作，终于这本译著可以呈现给对经济分析法学（特别是对婚姻法的经济分析）感兴趣的读者了。不过，首先要向读者朋友们道歉，因为这是本人第一部翻译作品，肯定无法达到“信”、“达”、“雅”的要求，由此给您带来的不便，敬请原谅。

翻译期间，我也体会到了翻译作品的艰辛。不过，艰辛也不是我自己的，这一年多来，我得到了很多人的帮助，特别要感谢我的恩师杨大文先生。一年多的翻译过程也是恩师对我谆谆教导的过程，从一个单词的准确翻译到一篇文章的思想把握，都得到了他的悉心指导。对于我的每次求教，他总是不厌其烦的给我讲解。还要感谢我的同学们，他们不仅给了我翻译上的指导，更重要的是给了我精神上的支持。还要感谢给了我这次翻译机会的法律出版社和高山编辑，谢谢你们对我的信任。最后感谢我的家人对我的爱。

王世贤

2005 年 9 月

书名
版权
前言
目录
正文